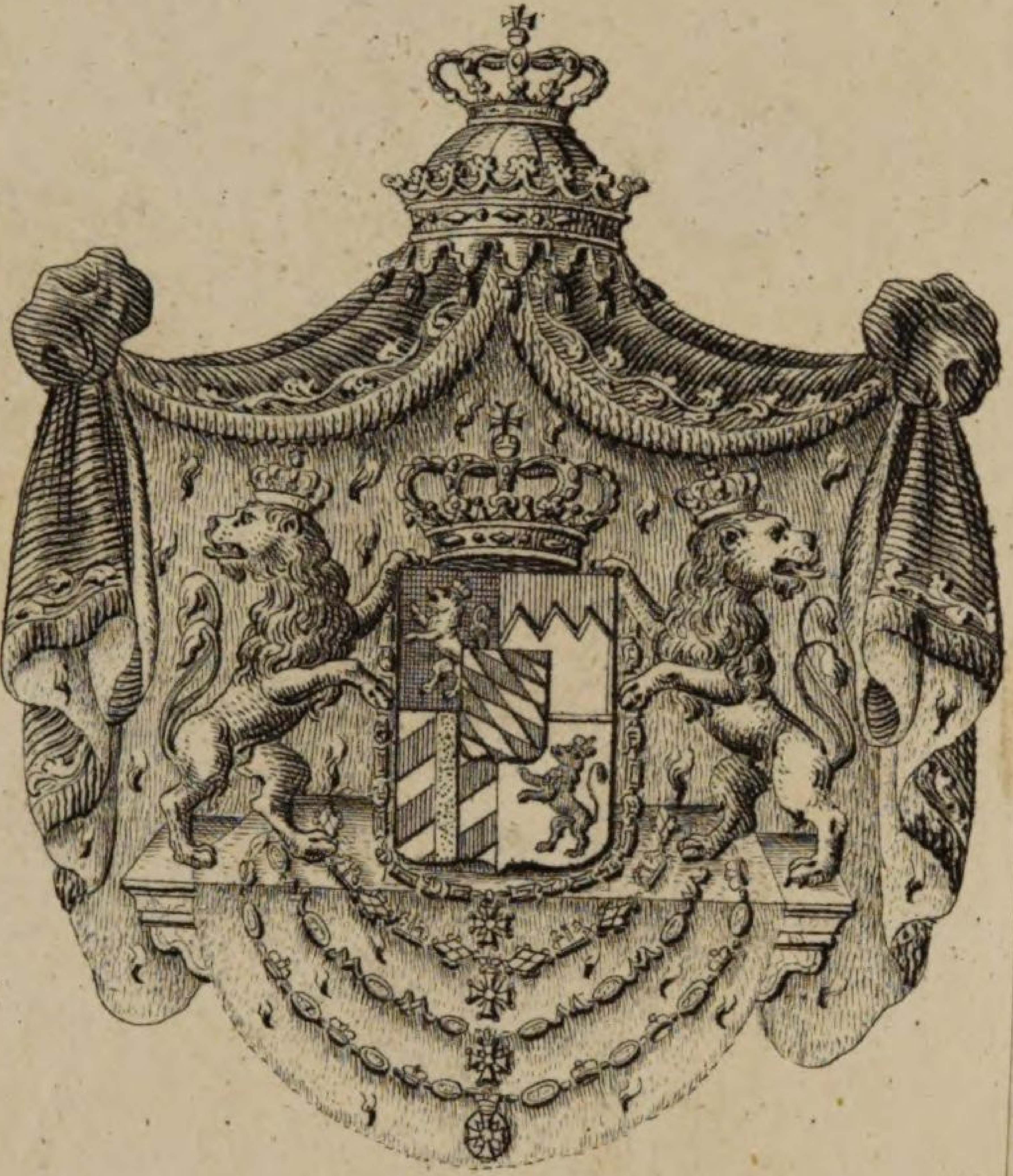
J. germ.
115 st

Leonhardt



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36630762880016

<36630762880016

Bayer. Staatsbibliothek

Zur

Lehre von den Rechtsverhältnissen

am

Grundeigenthum.

Ein Beitrag
zur Entwickelungsgeschichte germanisch- und römischrechtlicher
Grundsätze in Deutschland und insbesondere den
althannoverschen Provinzen

von

Dr. Adolph Leonhardt.

Hannover, 1843.

Im Verlage der Hahnschen Hof-Buchhandlung.

109. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Dem

hochverdienten Rechtslehrer,

Herrn

Dr. Christian Friedrich Mühlenbruch,

Geheimen-Justizrathe und ordentlichem Professor der Rechte zu Göttingen,
Ritter des Guelphen-Ordens und des rothen Adler-Ordens
dritter Classe,

als ein Zeichen

aufrichtiger Hochachtung und tiefgefühlter
Dankbarkeit

gewidmet.

Vorrede.

Unter den vier Aufsätzen, welche diese Schrift enthält, bildet der erste die eigentliche Grundlage. Von ihm ging die Forschung aus und würde den Inhalt der übrigen nur den allgemeinen Umrissen nach in sich aufgenommen haben, wenn nicht beim Fortgang der Arbeit in dem Verfasser der Wunsch entstanden wäre, die in ihnen besprochenen Fragen mit einer, ihrer praktischen Bedeutung entsprechenden Ausführlichkeit zu behandeln.

Die einzelnen Erörterungen werden durch einen und denselben Gedanken zusammengehalten; sie sollen einen Beitrag liefern zu der Entwickelungsgeschichte der Grundsätze des deutschen Rechts gegenüber dem römischen Rechte im neueren Deutschland mit besonderer Berücksichtigung der althannoverschen Provinzen. Vielleicht in keinem Rechtstheile waren die Grundsätze des deutschen und römischen Rechts charakteristischer geschieden als in der Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum. Die große politische Bedeutung, welche das Grundeigenthum von den ältesten Zeiten herab in Deutschland hatte, war dem römischen Rechte fremd. Dort führte diese Bedeutung auf Publicität, während hier Heimlichkeit herrschte. Publicität ist aber die Grundbedingung für den Realcredit, auf dem ein guter Theil des Nationalwohlstandes beruht. Der Sieg des römischen Rechts erschütterte den Realcredit in seinem Fundamente und führte einen Zustand herbei, welcher dringend der Abhülfe be=

durfte. Die Gewährung dieser Hülfe ist das, keineswegs überall erreichte Bestreben der Gesetzgebung bis auf den heutigen Tag gewesen, und hat die Praxis geleitet bei der Ausbildung der Theorie des **pacti reservati dominii**, welches einem fühlbaren Lebensbedürfnisse um so mehr entsprach, als die Vermischung verschiedener leitender Grundprincipien nur eine Verwirrung in den, das Grundeigenthum betreffenden Rechtsverhältnissen herbeizuführen vermochte.

Ich bin zu den, in dieser Schrift enthaltenen Untersuchungen durch ein praktisches Bedürfniß veranlaßt, welches fast täglich sich mir aufdrängte. Bei einem bedeutenden Gerichte angestellt, hatte ich mannigfache Gelegenheit, die Gestaltung der das Grundeigenthum betreffenden Rechtsverhältnisse zu beachten. Die Begriffe, welche ich von den Universitäten mitgebracht hatte, wollten nicht passen; vieles erschien mir ein historisches Räthsel, da ich es für Zufall nicht halten mochte. Das so in mir entstehende Gefühl der Unsicherheit mußte um so drückender sein, je wichtiger für das Leben die Rechtsverhältnisse des Grundeigenthums sind, und mußte mich zur Forschung treiben, wenn ich Urtheile selbständig begründen wollte, welche ich zu entwerfen hatte.

Ein leidiges Haschen nach neuen Ansichten hat mich bei dieser Arbeit nicht beseelt, auch wird die Schule, welche ich auf Universitäten und im Gerichtsleben durchgemacht habe, vor diesem Uebel, dessen Verbreitung ich selbst in kritischen Blättern mehr als einmal tadelnd erwähnt habe, hoffentlich mich stets bewahren. Wenn ich dennoch besonders in der ersten Abhandlung viele Ansichten zu begründen versucht habe, die dem Hergebrachten schroff entgegentreten, so geschah dieses nur nach der strengsten Prüfung, welche um so genauer war, als sie von vorn herein gegen ein Mißtrauen rücksichtlich der neuen Ansicht zu kämpfen hatte. Mehrere der gewonnenen Resultate sind in der That der Art, daß ich, wie seltsam dieses auch laute, nur wünschen kann, daß sie in den Gerichten nicht Billigung finden mögen; denn fänden sie Billigung und träte nicht die Gesetzgebung

auf irgend eine Weise dazwischen, so möchte dieses gar traurige Folgen nach sich ziehen. Allein aus diesem Grunde jene Fragen nicht zu berühren, schien nicht angemessen, weil Klarheit in schwierigen und wichtigen Rechtsverhältnissen durchaus nothwendig ist. Wer aus Erfahrung die große Beweglichkeit in den Principien kennt, welche in der neuesten Zeit die Praxis beherrscht und manchem Bedenken, mancher Sorge Raum giebt, wird davon überzeugt sein, daß jene Fragen schon zur Sprache kommen werden, und dann ist es gut, wenn sie von mehreren Seiten her wissenschaftlich besprochen sind.

Die nächste Veranlassung zur Ausarbeitung dieser Schrift gab mir ein Rechtsstreit, welcher im Laufe des vergangenen Jahres beim Stadtgerichte der Königlichen Residenzstadt Hannover anhängig gemacht wurde und bedeutendes Aufsehen erregte. Eine reformatorische Entscheidung des höheren Gerichts verwarf Ansichten, welche in der Praxis und, ich möchte wohl sagen, in dem Volksbewußtsein bis dahin feststanden, Ansichten, welche dasselbe Gericht in früheren Zeiten mehrfach gebilligt hatte. Derselbe Rechtsstreit veranlaßte auch den Herrn Dr. Benfey in Göttingen, die wichtigeren Fragen, wozu jener Anlaß gab, in den neuesten Blättern der juristischen Zeitung für das Königreich Hannover der Untersuchung zu unterziehen, um dadurch eine gründliche Interpretation der in Frage kommenden Verordnungen hervorzurufen. Jener Aufsatz kam mir zu, als meine Untersuchung bereits beendet war, aber zu meiner großen Freude und nicht geringem Erstaunen fand ich, daß der gedachte Schriftsteller, dessen gründliche Forschung anerkannt ist, ganz unabhängig von mir auf eine auffallende Weise in mehreren, und gerade recht zweifelhaften Puncten mit den von mir gewonnenen Resultaten übereinstimme. Dieser Umstand giebt mir eine größere Gewähr für die Richtigkeit meiner Forschungen als die beistimmende Erklärung Vieler.

Es haben diese Blätter eine vorherrschend praktische Tendenz und sollten sie meiner Ansicht nach auch an sich tragen. Ich unter-

ließ deshalb, ihnen Beiträge zur Geschichte des älteren deutschen Rechts, die ich den Schätzen des bis jetzt in rechtshistorischer Beziehung noch gar nicht benutzten Archivs der Stadt Hannover, welches mir zugängig gemacht war, mit leichter Mühe entnehmen konnte, in einem weiteren Umfange, als durchaus erforderlich erschien, einzuverleiben.

Gerichtliche Erkenntnisse, welche ich benutzen konnte, habe ich ohne Bedenken von dem Standpuncte freier Wissenschaft herab einer Prüfung unterzogen. Dieses mit besonnener Ruhe thun zu dürfen, ist das Vorrecht eines Schriftstellers, welches ihm nicht entzogen werden darf. Deshalb fürchte ich keinen Tadel, und dafür, daß er mich nicht von Seiten derjenigen Gerichte, von welchen jene Erkenntnisse ausgingen, treffen werde, leistet mir der wissenschaftliche Geist, welcher aus den Erkenntnissen hervorleuchtet, die genügendste Bürgschaft.

Die große Wichtigkeit der von mir in Untersuchung gezogenen Fragen rechtfertigt jeden mit ernstem Streben unternommenen Versuch, sie zu beantworten, um so mehr, da mehrere derselben überhaupt noch gar keine Literatur haben. Ein ernstes Streben hat mich geleitet, und so mag ich mich der Hoffnung hingeben, daß diese Beiträge nicht unwillkommen sein werden. Von dem Wahne, überall das Rechte getroffen zu haben, bin ich weit entfernt, vielmehr hoffe ich, daß die ernste umsichtige Prüfung Anderer mir mehrfache Belehrung verschaffen werde. Handelt es sich um eine solche, der Wichtigkeit der Sache angemessene Prüfung, so will ich, wenn es sein muß, wie ungern ich mich hierzu auch verstehe, selbst auf die Vortheile verzichten, welche man der ersten Jugendarbeit eines Schriftstellers angedeihen zu lassen pflegt.

Schließlich mag ich nicht eine Bemerkung unterdrücken, welche nicht durch Tadelsucht, sondern durch wahre Liebe für vaterländische Rechtswissenschaft hervorgerufen wird. Bereits an einem andern Orte habe ich Gelegenheit gehabt, mich näher darüber auszusprechen, daß das Hannoversche Landesrecht im Verhältnisse zu anderen an

dem wissenschaftlichen Aufschwunge, welchen in den letzten Decennien die Cultur der Particularrechte genommen, so gut wie gar keinen Antheil hat. Woran dieses liege, will ich hier nicht näher untersuchen und nur soviel behaupten, daß es in dem Königreiche Hannover, dessen Rechtspflege stets berühmt gewesen ist, wahrlich nicht an Männern fehle, welche befähigt sind, mit glücklichstem Erfolge an der wissenschaftlichen Bearbeitung ihres Landesrechts Theil zu nehmen. Daß jener Zustand für theoretische Beschäftigung kaum zu hebende Nachtheile mit sich führe, war mir längst kein Räthsel mehr; daß er auch auf Praxis und Gesetzgebung nachtheilig wirken werde, stand freilich zu erwarten, wurde mir aber erst durch die vorliegenden Untersuchungen vollkommen klar. Ich lebe jetzt der festen Ueberzeugung, daß eine umfassende Bearbeitung des Hannoverschen Privatrechts sowohl für Theorie und Praxis, als auch für vortreffliche Gesetzgebung das dringendste, gar nicht abzuweisende Bedürfniß sei, und der Wunsch kommt aufrichtig vom Herzen, daß ein Jeder, dessen Kenntnisse ihn dazu befähigen, geleitet durch Liebe zum Vaterlande und dessen Rechtspflege, nicht säumen möge, sich bei der wissenschaftlichen Bearbeitung seines Landesrechts, so viel an ihm ist, zu betheiligen.

Hannover am 10. April 1842.

Dr. **A. Leonhardt.**

Inhalt.

I.

Ueber gerichtliche Auflassung und die bei Alienationen bürgerlicher Grundstücke vorgeschriebene Anmeldung bei der städtischen Obrigkeit in den althannoverschen Provinzen.

Erster Abschnitt.

Die Verordnungen über Anmeldung im Allgemeinen und ihr historisches Verhältniß zur gerichtlichen Auflassung.

		Seite
§. 1.	Einleitung	3
§. 2.	A. Die Verordnungen über Anmeldung. — I. Die gesetzliche Disposition	5
§. 3.	II. Ratio legis	15
§. 4.	II. Fortsetzung. — Gegensatz zu der Calenbergschen Verordnung vom 4. April 1620 und dem Cap. 11. §§. 1 und 2 der Lüneburgschen Polizeiordnung	18
§. 5.	III. Verhältniß der einzelnen Verordnungen unter einander	19
§. 6.	B. Die gerichtliche Auflassung und ihr historisches Verhältniß zu den Verordnungen	21
§. 7.	B. Fortsetzung	24
§. 8.	B. Fortsetzung	26
§. 9.	B. Fortsetzung	27
§. 10.	C. Uebersicht der folgenden Abschnitte und allgemeinere Erörterungen	33

Zweiter Abschnitt.

Der Begriff der Alienation.

		Seite
§. 11.	Ueberſicht	38
§. 12.	A. Die Alienation ihren einzelnen Arten nach. — I. Eigenthumsveräußerung	39
§. 13.	I. Fortſetzung. — Gerichtliche Auflaſſung in der Altſtadt Hannover	41
§. 14.	I. Fortſetzung. — Gerichtliche Auflaſſung in den Städten Lüneburg, Uelzen und Celle	48
§. 15.	II. Conſtitution von Pfandrechten	50
§. 16.	II. Fortſetzung. — Deutſchrechtliche Grundſätze in der Altſtadt Hannover	56
§. 17.	II. Fortſetzung. — Deutſchrechtliche Grundſätze in den Städten Lüneburg, Uelzen und Celle	62
§. 18.	III. Conſtitution der übrigen jura in re	65
§. 19.	IV. Muß das pactum reservati dominii angemeldet werden?	68
§. 20.	B. Die Alienation ihrem verſchiedenen Grunde nach	75
§. 21.	B. Fortſetzung. — Die einzelnen Verträge	79
§. 22.	C. Alienation bereits conſtituirter dinglicher Rechte	82

Dritter Abſchnitt.

Der Begriff der Anmeldung.

§. 23.	Ueberſicht. — A. Form der Anmeldung	84
§. 24.	B. Weſen der Anmeldung	85
§. 25.	C. Wann muß die Anmeldung geſchehen?	93
§. 26.	D. Wo muß die Anmeldung vorgenommen werden?	94
§. 27.	E. Confirmation der Verträge	105

Vierter Abſchnitt.

Das Rechtsverhältniß vor und nach erfolgter Anmeldung.

§. 28.	A. Rechtsverhältniß vor erfolgter Anmeldung. — I. Klagbarkeit des obligatoriſchen Vertrags. — 1. Stellung der Frage und verſchiedene Beantwortungen derſelben	110
§. 29.	1. Fortſetzung. — Insbeſondere über die dritte Anſicht	112
§. 30.	2. Entwickelung der richtigen Anſicht. — a. Die Dispoſitivworte der Verordnungen	113
§. 31.	b. Allgemeinere Gründe. — Ratio legis. Analogie der gerichtlichen Auflaſſung	117
§. 32.	c. Speciellere, aus einzelnen Beſtimmungen der Verordnungen entnommene Gründe	119
§. 33.	d. Widerlegung der Gegengründe. — aa. Die in den Verordnungen erwähnte Clauſel	124

Seite

§. 34. d. Fortsetzung. — bb. Der §. 3. der Verordnung vom 26. Januar 1753 130

§. 35. e. Berücksichtigung verschiedener deutscher Particularrechte 132

§. 36. f. Resultate 134

§. 37. 3. Eventuelle Erörterungen. — a. Bestärkung der Verträge durch Conventionalstrafe, Arrha und promissorischen Eid 136

§. 38. 3. Fortsetzung. — b. Insbesondere über das pactum de contrahendo 141

§. 39. II. Rechtliche Beziehungen bei hinzutretender Tradition 145

§. 40. II. Fortsetzung 148

§. 41. II. Fortsetzung. — Theorie der gerichtlichen Auflassung 152

§. 42. B. Rechtsverhältniß nach erfolgter Anmeldung 158

§. 43. B. Fortsetzung. — Theorie der gerichtlichen Auflassung 161

§. 44. Schlußbemerkung 163

II.

Ueber die Publicität des Pfandrechts nach den Bestimmungen der L. 11. C. qui potiores in pignore (VIII. 18.)

§. 1. A. Die Constitution des Kaisers Leo und zwei Hauptansichten über die rechtliche Bedeutung derselben 167

§. 2. B. Entwickelung der Grundsätze über die Beweiskraft von Urkunden gegen dritte Personen 169

§. 3. B. Fortsetzung 176

§. 4. C. Anwendung der richtigen Theorie auf den Fall der Collision von Pfandrechten 181

§. 5. D. Auslegung der Leoschen Constitution 183

§. 6. E. Beleuchtung der Gegenargumente 185

§. 7. F. Eventuelle Erörterungen 189

§. 8. G. Schlußbemerkung 190

III.

Ueber die Publicität des Pfandrechts im Sinne der Hannoverschen Hypothekenverordnung vom 13. Juni 1828.

§. 1. A. Einleitung 193

§. 2. B. Historische Betrachtungen. — I. Recht der Theorie 194

§. 3. II. Recht der Praxis 195

§. 4. II. Fortsetzung 198

Seite
§. 5. C. Begriff der öffentlichen Hypothek im Sinne des neuesten Gesetzes 204
§. 6. D. Folgerungen 208
§. 7. E. Schlußbemerkungen 213

IV.

Ueber das pactum reservati dominii.

§. 1. A. Einleitende Bemerkungen 218
§. 2. B. Verschiedene Ansichten über die rechtliche Natur des pacti reservati dominii 222
§. 3. B. Fortsetzung. — Kritik der ersten Ansicht 224
§. 4. B. Fortsetzung. — Zweck und Absicht der Contrahenten beim Abschlusse des pacti reservati dominii 227
§. 5. C. Entwickelung der richtigen Ansicht. — I. Das pactum reservati dominii ist ein der Tradition hinzugefügter Nebenvertrag . . 229
§. 6. II. Dieser Nebenvertrag enthält eine Resolutivbedingung 232
§. 7. II. Fortsetzung 238
§. 8. II. Fortsetzung 242
§. 9. II. Fortsetzung 245
§. 10. III. Der Eintritt der Resolutivbedingung an sich bewirkt nicht die Auflösung des Kaufcontracts 246
§. 11. D. Folgerungen aus der richtigen Ansicht. — I. Vorbereitende Bemerkungen 249
§. 12. II. Gefahr des Zufalls 251
§. 13. III. Dispositionsbefugniß über die sub pacto reservati dominii veräußerte Sache 251
§. 14. IV. Rechtsverhältniß bei eintretender Resolutivbedingung. — 1. Ohne Rücksicht auf den Fall des Concurses 257
§. 15. 2. Im Falle des Concurses 258
§. 16. 2. Fortsetzung 262
§. 17. 2. Fortsetzung 268
§. 18. E. Rückblicke auf die gewonnenen Resultate 270
§. 19. Anhang. — Das pactum reservati dominii neben der gerichtlichen Auflassung des deutschen Rechts 274

I.

Ueber gerichtliche Auflassung und die bei Alienationen bürgerlicher Grundstücke vorgeschriebene Anmeldung bei der städtischen Obrigkeit in den althannoverschen Provinzen.

Erster Abschnitt.

Die Verordnungen über Anmeldung im Allgemeinen und ihr historisches Verhältniß zur gerichtlichen Auflassung.

§. 1.

Einleitung.

Die politische Bedeutung, welche von den ältesten Zeiten herab, worüber die urkundliche Geschichte redet, das Grundeigenthum in den germanischen Staaten hatte, mußte, wenn das Recht im Einklange mit den Sitten des Volks und den Bedürfnissen des Lebens steht, zur Ausbildung von Rechtsinstituten führen, welche, jener Bedeutung entsprechend, der germanischen Welt eigenthümlich waren. Publicität, als der charakteristische Grundzug des deutschen Sachenrechts, war ein dem römischen Rechte ganz fremder Begriff, und mußte aufgehoben, so weit dieses aber ausnahmsweise nicht der Fall war, doch jeden Falls verdunkelt werden, nachdem das römische Recht mit seinen Instituten in Deutschland eindrang und das nationale Recht zersprengte.

Auf diese Weise mußte ein krankhafter Zustand entstehen; denn während einerseits die politische Bedeutung des Grundeigenthums, wenn auch im Einzelnen modificirt, im Allgemeinen nicht verschwunden war, vielmehr im Volksbewußtsein nach wie vor fortlebte, fehlten nun andererseits im Rechte die correspondirenden Begriffe und jeder Haltpunct für jene Bedeutung. Die Praxis drängte zurück auf die deutschrechtlichen Grundsätze; allein, sich nicht mit Bestimmtheit bewußt der leitenden Grundprincipien und deshalb ohne sichern

Anhalt, konnte sie das Übel nicht heilen, mochte aber gar leicht zur Verwechselung verschiedener Elemente führen. Abhülfe durch Gesetzgebung war durchaus nothwendig, und lag eine dringende Veranlassung zur legislativen Thätigkeit schon in dem Umstande, daß Staat und Gemeinden wegen der Verpflichtungen des Grundeigenthümers gegen sie bei der Kenntnißnahme der Veränderungen des Grundbesitzes im hohen Grade interessirt erscheinen.

So ist es erklärlich, daß die Gesetzgebung, welche in den ersten Jahrhunderten nach dem Eindringen des römischen Rechts im Gebiete des Privatrechts im Allgemeinen sich nicht sehr thätig bewies, dennoch fast in allen Ländern diesen Zustand ins Auge faßte und dessen Heilung versuchte. In den althannoverschen Provinzen geschah dieses durch die in dem §. 2 abgedruckten Verordnungen, deren Analyse ich versuchen will.

Ein allgemeinerer Gesichtspunct für die Verordnungen wäre hiermit gewonnen; sie sollten die auf das Grundeigenthum sich beziehenden Rechtsverhältnisse der Heimlichkeit entziehen und ihnen die Publicität wiedergeben, welche das römische Recht ihnen genommen hatte.

Der Versuch, die gedachten Constitutionen in ihrem ganzen Zusammenhange zu interpretiren bedarf schwerlich einer Rechtfertigung; denn ganz abgesehen von dem mehr wissenschaftlichen Interesse, welches sie für die Theorie des gemeinen Rechts haben, wohnt ihnen die größte praktische Bedeutung bei, indem sie alle Rechtsverhältnisse, welche sich auf das städtische Grundeigenthum in den althannoverschen Provinzen beziehen, völlig beherrschen. Sie enthalten Lebensfragen für den Nationalwohlstand und Credit. Neben diesem Interesse bieten aber jene Constitutionen dem Interpreten nicht geringe Schwierigkeiten dar, welche großentheils ihren Grund darin finden, daß der Gesetzgeber den allgemeinen Gedanken, welcher ihm vorschwebte nicht mit der nöthigen Klarheit aussprach, denselben vielmehr nur in seinen einzelnen Folgesätzen hervortreten ließ, und durch einzelne dieser Folgesätze zu sehr geleitet, Vorschriften ertheilte, welche mit dem allgemeinen Gedanken nicht in Consequenz stehen. Die Schwierigkeiten wachsen noch dadurch, daß die Constitutionen aus einer Zeit herrühren, wo die gesetzliche Sprache meistens sehr im Argen lag und die Wissenschaft, auf welche die Gesetzgebung stets fußen wird, Begriffe nicht gehörig sonderte, welche heutzutage schwerlich verwechselt werden.

Eine umfassende Untersuchung der mehrgedachten Constitutionen

ist nie unternommen worden; nur einzelne Fragen, wozu dieselben Veranlassung geben, finden sich erörtert, meist ohne Glück, weil man andere, für jene maßgebende Fragen nicht mit in die Erörterung zog. Klarheit ist nur auf historischem Wege zu erlangen und dadurch, daß man sich stets der leitenden Grundprincipien bewußt bleibt, welche auf jenem Wege gewonnen werden.

Unsere Constitutionen haben auf die Sicherheit der Rechtsverhältnisse am Grundeigenthume unstreitig einen wohlthätigen Einfluß geäußert und nach der Absicht des Gesetzgebers dazu beigetragen, guten Credit zu erhalten, weßhalb denn auch eine Aufhebung derselben durch Gesetzgebung, so lange nicht etwas Besseres an deren Stelle gesetzt wird, nicht wünschenswerth sein dürfte. Daß aber eine Abänderung derselben in einzelnen Puncten durch ein neues Gesetz oder eine declaratorische Verordnung ein nicht abzulehnendes Bedürfniß sei, wenigstens dann, wenn die Praxis einmal erschüttert werden sollte, was ich nicht wünschen will, wird hoffentlich die spätere Ausführung lehren.

§. 2.

A. Die Verordnungen über Anmeldung.

I. Die gesetzliche Disposition selbst.

Ich theile die zu analysirenden Verordnungen, so weit es erforderlich erscheint, ihrem wörtlichen Inhalte nach im Folgenden mit.

I. **Verordnung, daß keine Häuser, Aecker, Garten oder andere unbewegliche Bürger-Güter ohne Vorwissen der Obrigkeit, unter deren Jurisdiction, oder in deren Feldmarck das Gut belegen, verkauffet, vertauschet, versetzet, in dotem mitgegeben, noch sonst ein jus in re darauf transferiret werden solle, vom 6. Octob. 1712.**

„Von Gottes Gnaden, Wir Georg Ludewig, Hertzog zu Braunschweig und Lüneburg, des Heil. Röm. Reichs Ertz-Schatzmeister und Churfürst u. s. w. fügen hiermit zu wissen. Nachdenmahln die Erfahrung gegeben, wie bey denen meisten Städten unserer Fürstenthümer Calenberg und Grubenhagen die übele Gewohnheit eingerissen, daß die bürgerliche Häuser, Aecker, Wiesen, Garten und andere unbewegliche onereuse Bürger-Güter ohnwissend der Obrigkeit des Orts gleichsahm heimlicher Weise an andere auch wohl ausserhalb

der Stadt unter einen anderen Gerichts-Zwang wohnende Personen veräusert, verkauffet, vertauschet, versetzet oder sonsten alieniret worden; daraus aber erfolget, daß die Feldmarcken und Grentzen verwirret, und in Unordnung gebracht; die Catastra deren Städte gar sehr confundiret und zum merklichen Nachtheil und Beschwerde der Bürgerschaften sowohl als deren Cämmereyen geschwächet, die davon gehörige Schosse und andere onera publica nicht richtig bezahlet worden, oder wohl gar zurückgeblieben; nicht weniger die Eigenthums-Herren mit der Zeit unbekand, auch wohl gar ein solches Stück verschiedenen Personen verkauffet, oder über seinen Wehrt unterpfändlich verschrieben worden. Daß Wir demnach zur verhütung solcher Unordnungen und aller daraus erfolgenden übeln Suiten zu verordnen der Nothdurfft erachtet; Wie Wir dann hiermit aus Landes-Fürstlicher Gewalt und Obrigkeit hiermit setzen ordnen und wollen, daß von nun an überall keine bürgerliche Häuser, Aecker, Garten, Wiesen oder andere unbewegliche Bürger-Güter an jemanden anders, es mag derselbe in- oder außerhalb der Stadt, oder unter einer benachbahrten Amts- oder Gerichts-Jurisdiction oder auch ausserhalb Landes wohnhafft sein, ohne Vorwissen und vorhergegangener Anmeldung an die ordentliche Stadtobrigkeit unter deren Jurisdiction oder in deren Feldmarck das zu veralienirende Stück belegen, veräussert, verkauffet, vertauschet, versetzet, denen Töchtern in dotem mitgegeben, oder sonsten einiges Jus in re, unter was vor einen Vorwand auch solches geschehen mag, transferiret werden solle, mit dem Anhange, daß alle solche heimliche gegen diese Unsere gnädigste Verordnung vorgenommene actus Alienationis, wenn auch solches gleich etliche Jahre nachher an den Tag käme, für Null, nichtig und ungültig erkläret, cassiret und gäntzlich aufgehoben, und so wohl derjenige, welcher das Stück also heimlicher Weise transferiret, als derjenige, welcher solches an sich bringet, ein jeder mit der Hälffte des Wehrts des also veräusserten Stücks bestraffet, und davon dem Denuncianten die Hälffte adjudiciret werden solle. Gleichwie nun Unsere ernste Willens-Meinung ist, daß hierüber stricte gehalten, und bei Unsern sämtlichen Churfürstl. Justiz-Collegiis darnach gesprochen werden solle; Also gebieten und befehlen Wir nicht weniger Unsern Drosten, Beamten, Magistraten in denen Städten und adelichen Gerichts-Inhabern in vorgedachten unseren Fürstenthümern Calenberg und Grubenhagen hiermit ernstlich und wollen, daß sie solches respective unter der Bürgerschafft und in

denen Flecken und Dörffern aller Orten kund machen, insonderheit aber dieselbe denen Unterthanen bedürffenden Falls wohl erklären, und für Schaden und Ungelegenheit warnen, die Contraventiones aber nach obiger Anweisung bestraffen, dem Denuncianten zu seiner Vermächtniß verhelffen, und die heimliche Alineationes annulliren und aufheben. Und damit Niemand mit der Unwissenheit sich entschuldigen könne; soll dieses gewöhnlicher Orten öffentlich affigiret und kund gemachet werden. Uhrkundlich Unserer Churfürstl. Unterschrift und neben=gedruckten Geheimten Cantzlei=Secrets." [1])

II. Renovatio Edicti de dato 6. Octob. 1712. **Die Verkauff=, Vertausch= und Hypothecirung der unbeweglichen Bürgergüter betreffend, vom 13. Jan. 1733.**

„Georg der Andere, von Gottes Gnaden, König von Großbrittannien rc. fügen hiermit zu wissen. Demnach eine Zeit her verschiedentlich wahrgenommen worden, daß die von Unsers in Gott ruhenden Herrn Vaters Majestät gottseeligen Andenkens wider die heimlichen und ohne Anmeldung bei denen Stadt=Magistraten vorgenommene Veräuserungen bürgerlicher unbeweglicher Güter, in Un=

---

[1]) Corpus Const. Calenberg. T. II. S. 633. Ebendaselbst findet sich auch S. 635. ein Ausschreiben der Königlichen Regierung wegen executivischer Beitreibung der Städte=Gefälle vom 6. October 1712, welches folgendermaßen lautet: „Unsere rc Ihr werdet aus der an euch geschickten gnädigsten Verordnung vom heutigen dato ersehen, was Seiner Churfürstl. Durchl. Unser gnädigster Herr wegen Veräußer= und Alienirung der bürgerlichen Immobilien beschlossen. Es wird aber der dabey intendirte gute Zweck nicht erreichet werden, soferne ihr nicht darüber haltet, daß wann der gleichen Stücke legitimo modo an einen oder anderen Unterthanen eures Amts (Gerichts) transferiret werden, ihr den Eigenthümer dahin anhaltet, daß derselbe davon die bürgerlichen onera nach der Stadt unter deren Jurisdiction oder in deren Feldmarck das alienirte Stück belegen, bezahlen müsse. Welches um so viel mehr nöhtig seyn wird, als höchst ermeldte Seiner Churfürstl. Durchl. gnädigst wollen, daß die Städte ihre Revenuen in guter Ordnung administriren, und keine Restanten zurückgelassen werden. Weswegen dann Nahmens mehr höchstgedachter Seiner Churfürstl. Durchl. ihr hiermit befehliget werdet, daß ihr, wenn eine oder andere Stadt in euerm Amt (Gericht) an Gefällen oder an Oneribus publicis etwas zu erheben hat, ihr derselben auf geschehene Requisition die Hand bietet und die Execution verhänget."

seren Fürstenthümern Calenberg und Grubenhagen herausgelassene Verordnung de dato Herrenhausen den 6. Octob. 1712 ob solche gleich dero Zeit in besagten Fürstenthümern gehörig publiciret worden, dennoch den gewünschten Effect nicht gehabt, und so gar zu Zeiten dagegen Zweifel gemacht sey, ob sie auch zur Observantz gekommen. Und Wir dannenhero der Nothdurfft zu seyn befunden, selbige, so wie sie ihrem wörtlichen Inhalte nach, folgendermassen lautet, zu wiederhohlen, und zu erneuern:

(Tenorem vid. sub. I.)

Als wollen und verordnen wir hiermit, und Kraft dieses, daß obstehender Verordnung nicht allein von jedermänniglich, welcher über bürgerliche Güter dergleichen Contracte die ein jus in re conferiren, schliesset, nicht weniger von Unseren Justiz-Collegiis, Beamten, Magistraten und Gerichten bei den vorfallenden Processen in judicando, genau nachgegangen werde, sondern Wir gebieten auch denen sämtlichen Advocatis und Notariis welche von denen Contrahenten zu Auffetzung derer Contracte gebrauchet werden, ernstlich und bei sechs Reichsthaler Strafe, welche jedes Orts Obrigkeit so zur Perception derer Strafen berechtiget ist, heimfallen soll, daß sie die Contrahenten ihrer Schuldigkeit wegen Anmeldung dieses Negotii bey denen Magistraten, erinnern, und denen Contracten die Clausul einfließen lassen, daß solche nicht eher als nach geschehener solcher Anmeldung gültig seyn sollen. Damit auch die bürgerlichen Catastra dem Endzweck gemäß, ratione praeteriti in Richtigkeit gebracht werden; So haben diejenigen, welche ob-inserirter Verordnung vom 6. Octob. 1712 bis daher kein Genügen geleistet, binnen Zeit von 3 Monaten nach Publicirung dieses, als welche ihnen dero Behuf eines vor alles hiermit praefigiret wird, die geschlossenen und zu der Magistrate Notitz noch nicht gekommenen Contracte vorzuzeigen und einsehen zu lassen, in Verbleibung dessen aber zu gewärtigen, daß die in der Verordnung gesetzte Strafe dereinst nach aller Strenge an ihnen zur Execution gebracht werde.

Wogegen dann aber Unser ernster Wille und Meinung ist, daß diese Unsere renovirte Verordnung zu Uebersetz- und Beschwerung derer Contrahenten mit Gerichts-Sportuln in keine Wege gemißbrauchet, sondern wann ein Contract produciret, und nicht expresse eine gerichtliche Confirmation darüber gesuchet wird, als welche sonst nach Masgebung der jeden Orts approbirte Taxe zu bezahlen ist, bey denen Schreibereyen sofort ein Extract davon, so viel dessen

zu Richtighaltung derer Catastrorum und Direction derer bey denen bürgerlichen Cassen bestellten Einnehmer nöhtig, gemachet, über sotahner geschehener Präsentation des Contracts unter gewöhnlicher Unterschrifft des Rahts ein Document, entweder auf den Contract, oder besonders geschrieben, wie es die Contrahenten am liebsten sehen, ertheilet, und davor nicht mehr als vier gute Groschen durch die Banck, es mag das Pertinens, so der Contract angehet viel oder wenig betragen, genommen, auch der Contract sofort zurückgegeben werden solle.

Gestalten denn jedermänniglich sich hiernach zu achten, und die Magistrate in den Städten, auch respective die Beamten, welche in oder andern kleinen Städten die Jurisdiction exerciren, haben diese Verordnung gewöhnlicher Maaßen kund zu machen, und affigiren zu lassen." [2])

III. Königliche Verordnung de 15. Novb. 1736 wieder die heimliche, und ohne Anmeldung bey denen Stadt-Magistraten vorgenommene Veräußerung bürgerlicher und unbeweglicher Güter, Ratione des Fürstenthums Lünebnrg und incorporirten Grafschaften.

„Wir Georg der Andere, von Gottes Gnaden, König von Gros-Brittannien, u s. w. Fügen hiermit zu wissen, demnach Unsers in Gott ruhenden Herrn Vaters Majestät Gottseeligen Andenkens, wieder die heimlichen und ohne Anmeldung bey denen Stadt-Magistraten vorgenommenen Veräusserungen bürgerlicher unbeweglicher Güter in unsern Fürstenthümern Calenberg und Grubenhagen de dato Herrenhausen den 6. Octob. 1712 eine Verordnung folgenden Inhalts publiciren lassen:

(Tenorem vide sub I.)

welche auch von uns unterm 13. Januar 1733 in besagten Fürstenthümern wiederhohlt und erneuert worden, und Wir dann der fernern Nothdurft zu seyn befunden, sothane Verordnung ihrem wörtlichen Inhalte nach auf Unsere Städte des Fürstenthums Lüneburg und der demselben incorporirten Grafschaften zu extendiren.

So ordnen und wollen Wir hiermit und in Kraft dieses, daß obinserirter Verordnung nicht allein von jedermänniglich, welcher

---

[2]) C. C. C. T. II. S. 650. und folgende.

über bürgerliche Contracte, die ein Jus in re conferiren, schliesset, nicht weniger von unseren Justiz-Collegiis, Beamten, Magistraten und Gerichten, bey denen vorfallenden Processen in judicando nachgegangen werde, sondern Wir gebieten auch denen sämtlichen Advocatis und Notariis, welche von denen Contrahenten zu Aufsetzung derer Contracte gebrauchet werden, ernstlich und bei sechs Rthlr. Strafe, welche jedes Orts Obrigkeit, so zur Perception derer Strafen berechtiget ist, heimfallen soll, daß sie die Contrahenten ihrer Schuldigkeit, wegen Anmeldung dieses Negotii bey denen Magistraten erinnern, und denen Contracten die Clausul einfließen lassen, daß solche nicht ehender, als nach geschehener solcher Anmeldung und erfolgter Confirmation gültig sein sollen.

Und wie der Endzweck dieser Verordnung unter andern dahin geht, damit durch dergleichen heimliche an Fremde, so keine Bürger seyn, oder ausserhalb der Stadt, oder unter einem andern Gerichts-Zwange wohnen, geschehene Veräusserungen der Bürgergüter die Bürgerschaft und Cämmerey nicht geschwächet, noch die davon gehörige Schosse, und andere onera publica denen Städten entzogen, oder doch deren Erhebung schwer gemacht werden möge; so wird denen sämtlichen Magistraten hiemit ernstlich befohlen, in dergleichen Veralienirung der unbeweglichen Bürger-Güter, an solche Personen, so keine Bürger seyn, nicht ehender zu willigen, bevor wegen künftiger und richtiger Abführung, der sämtlichen auf solche Bürger-Güter haftenden onerum publicorum, hinreichende Caution oder sonstige Sicherheit der Stadt bestellet worden.

Gestalten dann jedermänniglich sich hiernach zu achten, und die Magistrate in den Städten, auch respective die Beamten, welche in ein oder andern kleinen Städten die Jurisdiction exerciren, diese Verordnung gewöhnlicher massen kund zu machen, und öffentlich affigiren zu lassen, auch welchergestalt solches geschehen, in Zeit von 6 Wochen nach deren Einlieferung, an Unsere Geheimte-Cantzley zu berichten haben.“ [3])

IV. Verordnung die Alienir- und Versetzung der Bürger-Güter betreffend vom 17. Aug. 1739.

„Wir Georg der Andere, von Gottes Gnaden König von Großbrittannien u. s. w. Fügen hiermit zu wissen: was gestalten vorge-

---

[3]) Corpus Const. ducatus Luneburgici. Vol. III. 1. S. 578. und folgende. (Cap. IV. Sect. 6.)

kommen, daß, ob Wir gleich die in Unseren Fürstenthümern Calenberg, Göttingen und Grubenhagen ausgelassene Constitution vom 6. October 1712 wegen Veräuß- und Verpfändung der Bürgerlichen immobilium, untern 13. Januar 1733 erneuert, solche dennoch nicht durchgängig zur Observanß gebracht sey, sondern davor gehalten werden wolle, als ob selbige nur, die Verwirrung bey denen Städte-Catastris zu vermeiden, zur Absicht habe, folglich bei bloßen Verpfändungen von Bürgerlichen immobilibus oder anderen dergleichen Fällen keine Application finde.

Nachdem aber beregte Constitution ausdrücklich im Munde führet,

daß überall keine Bürgerliche Häuser, Aecker, Gärten, Wiesen oder andere unbewegliche Bürger-Güter an jemanden anders, es mag derselbe in oder außerhalb der Stadt, oder unter einer benachbarten Amts- oder Gerichts-Jurisdictinn, oder auch ausserhalb Landes wohnhafft seyn, ohne Vorwissen und vorhergegangene Anmeldung an die ordentliche Stadt-Obrigkeit, unter deren Jurisdiction oder in deren Feldmarck das zu veralienirende Stück belegen, veräusert, verkauffet, vertauschet, versetzet, denen Töchtern in dotem mitgegeben, oder sonst einiges jus in re, unter was vor einen Vorwand auch solches geschehen mag, transferiret werden solle;

Und Wir dann deme, nach den wörtlichen Inhalt mehrbesagter Verordnung, praecise und ohne alle Ausnahme um so mehr gelebet wissen wollen, als Unsere Absicht dabey zugleich auf Erhaltung guten Credits gehet, und Wir diejenige, so auf unbewegliche Bürgergüter ein jus in re erlanget, dadurch solchergestalt sicher zu stellen gemeinet sind, daß ihnen ein anderer, der sich nicht nach offtbemeldter Constitution gerichtet, nicht vorgezogen werden könne: So setzen, ordnen und wollen Wir hiermit, daß wenn von nun an dergleichen Veränderungen mit Bürger-Gütern vorgenommen werden, dieselben, woferne die Partheyen selbige nicht zur Wissenschaft des Stadt-Magistrats bringen, ungültig seyn, folglich in concursibus creditorum diejenigen, welche auf solche Güter, ohne es der Stadt-Obrigkeit angezeiget zu haben, Geld geliehen, oder selbige auf andere Weise sich haben verschreiben lassen, bey der Classification unter die Chirographarios gesetzt werden sollen.

Und wie Wir solchem nach den Inhalt obiger Verordnungen vom 6. Octob. 1712 und 13. Jan. 1733 anhero wiederhohlen

Also ist auch Unser gnädigster Wille, daß Unsere Justiz-Collegia, Beamte, Magistrate und Gerichte sich gebührend darnach achten, und, wenn von extraneis gesprochen wird, solche Verordnung dem an dieselbe ablassenden Schreiben ex officio mit beylegen sollen; die Magistrate in denen Städten aber haben hiermit Befehl, alle die ihnen geschehende Anmeldungen von dergleichen Veränderungen gehörig ad acta zu verzeichnen, damit wenn jemand, dem es zu wissen gebühret, sich darnach erkundiget, das erforderliche Obrigkeitliche Zeugniß ertheilet werden könne.

Uebrigens ist diese Unsere erneuerte Verordnung gewöhnlicher massen zu publiciren, und öffentlich anzuschlagen, damit selbige zu jedermanns Notitz kommen möge." [4])

V. Verordnung vom 26. Jan. 1753 für die Städte Göttingen, Nordheim, Hameln, Eimbeck und Osterode, die Alienation bürgerlicher Güter und besonders die Einführung des juris retractus betreffend.

„Georg der Andere u. s. w.

Demnach wir mißfällig vernommen, daß den wider die heimliche Veräusser- und Hypothecirung der unbeweglichen Bürgergüter ergangenen Verordnungen vom 6. October 1712, und vom 13. Januar 1733 hin und wieder, besonders in unseren Städten Göttingen, Nordheim, Hameln, Eimbeck und Osterode, bisher nicht gebührend nachgelebet worden, daher denn auch die Stadtcatastra nach wie vor in Unordnung und Unrichtigkeit geblieben, viele stadtpflichtige Güter aber diesen, zum großen Nachtheile der Stadtcassen, nach gerade gänzlich entzogen worden: als haben Wir der Nothdurft befunden, nicht nur vorgedachte, strafbarer Weise aus der Acht gelassene Verordnungen hierdurch überhaupt zu erneuern, sondern auch in Ansehung vorbenannter fünf Städte respective zu erweitern, und zu vermehren. Solchemnach setzen, ordnen und wollen Wir;

1) Daß in allen Unseren Städten von den Magistratspersonen und Obrigkeiten mit allem Nachdrucke über vorangezogene, ihrem ganzen Inhalte nach, kraft dieses, wiederhohlte und bestätigte Ver-

---

[4]) C. C. C. Tom. II. p. 897. — Auch im C. C. L. Cap. p. 926 ist die obige Constitution ganz gleichlautend aufgenommen.

ordnungen vom 6 October 1712 und 13. Januar 1733, gehalten, und selbigen auf das genaueste nachgegangen werden solle;

2) Alle diejenigen, welche in den Städten Göttingen, Nordheim, Hameln, Eimbeck und Osterode, stadtpflichtige unbewegliche Güter besitzen, sie mögen selbige durch Kauf, Tausch, Erbschaft oder alio quocunque titulo, vel lucrativo, vel oneroso dermalen bereits an sich gebracht haben, und besitzen, sollen innerhalb drei Monaten, nach Publication dieses bei dem Magistrate jeder Stadt sich melden; ihre innehabenden onereusen Stadtgüter richtig specificiren, und von neuem catastriren lassen, bei dessen Unterbleibung aber, im Fall eines vorgegangenen Kaufs mit der Hälfte des behandelten Kaufschillings, oder in dem Falle eines anderen darob eingetretenen Negotii mit der Halbscheid des Werths des verschwiegenen Stücks, nach dem auf ihre Kosten gerichtlich zu verfügenden Taxato, ohne Nachsicht bestraft werden. Desgleichen sind

3) Alle die, welche nach Publication dieser Anordnung dergleichen Güter resp. veräußern oder an sich bringen werden, es mag solches quocunque titulo geschehen, schuldig, eine gleichmäßige Anmeldung sofort bei Schließung des Contracts, oder wenn das Stück durch Erbschaft an sie gerathen, innerhalb 3 Monaten von Zeit des erhaltenen Besitzes zu rechnen, zu verrichten. Im Versäummungsfalle aber ist nicht nur ein solcher heimlicher Contract als ungültig zu cassiren, sondern es sollen auch beide Contrahenten, und zwar ein jeder, gleichwie auch der, so aus einer Erbschaft stadtpflichtige Güter überkommt, und verschweigt, mit der Hälfte des Werths des verschwiegenen Stücks unausbleiblich bestraft werden.

4) Für die Anmeldung und Catastrirung solcher stadtpflichtiger Güter, so ein jeder anjetzt, und vor Publication gegenwärtiger Verordnung besitzt, sollen überall keine Gebühren weder gefordert noch bezahlt werden; in Ansehung derjenigen Anmeldungen aber, so von künftiger Veräußerung und Verhypothecirung eines Pertinentis, oder aus einem anderen Grunde geschehen muß, hat es dabei sein Verbleiben, was der solcherhalb zu entrichtenden Gerichtssporteln halber in der Verordnung vom 13ten Januar 1733 bestimmt worden, daß nämlich nicht mehr als 4 ggr. bei jeder Anmeldung, es mag selbige viele oder wenige Pertinenzien betreffen, genommen werden sollen;

5) Sollen denjenigen, so innerhalb der ebengesetzten 3 monatlichen Frist nach Publicirung dieses, heimlich an sich gebrachte stadtpflichtige Güter, wovon sie die darauf haftenden onera dem Stadt-

aerariis bisher entzogen haben, freiwillig angeben, und den Stadtcatastris wiederum gebührend einverleiben lassen, nicht nur die vorhin, wegen deren heimlicher Acquirirung verwirkte Strafe, sondern auch die davon der Cämmerey gebührenden rückständigen onera gänzlich erlassen sein;

6) Haben wir auf geziemendes unterthänigstes Ansuchen Eingangs bemerkter Unserer fünf Städte, gnädigst bewilligt, und gut befunden, denselben, in Ansehung der stadtpflichtigen Grundstücke, ein besonderes jus retractus, nemlich ein solches Recht zu verleihen, und beizulegen, nach welchem jedweden Bürger die zum Kauf kommenden stadtpflichtigen Güter, gegen Erlegung des Kaufpretii, worüber der Verkäufer sich mit einem tertio, so kein Bürger ist, verglichen, vorzüglich vor diesem sich zuzueignen, von nun und in Zukunft verstattet sein, und werden soll. Wir ordnen demnach, setzen und wollen, wegen dieses juris retractus, weiteres

7) daß wenn hinführo ein bürgerliches, und an die Stadt pflichtiges Grundstück, es mag selbiges besessen werden, von wem es wolle, an einen Fremden d. h. an jemand, der kein Bürger solcher Stadt ist, verkauft wird, und solcher Kauf zu dem Ende angemeldet worden, der Magistrat der Stadt woselbst, oder in deren Feldmark dasselbe belegen, es mag ihm die Gerichtsbarkeit über das verkaufte Grundstück zustehen, oder nicht, solches, mit Bekanntmachung des Kaufschillings anschlagen lassen solle. ———. Würde

8) bei einem Verkaufe stadtpflichtiger Güter an non cives die erforderliche Anmeldung bei Rathhause, wofür der Käufer sowohl als der Verkäufer zu sorgen hat, unterlassen werden, so soll nicht nur die auf heimliche Alienation gesetzte Strafe des ganzen Werths des veräußerten Grundstückes an beiden, nämlich an jeden zur Hälfte unausbleiblich vollstreckt werden, sondern auch noch überdem, jedwedem Bürger solcher Stadt frei stehen, das vorbemerkte jus retractus innerhalb 30 Jahren a dato des Verkaufs anzurechnen, gegen den Käufer oder dessen Erben, oder quemlibet alium possessorem des alienirten Fundi auszuüben. [5])

---

[5]) Spangenberg Sammlung der Gesetze u. s w. Bd. I. S. 332 u. flgd. — Die übrigen Bestimmungen der Verordnung haben für diese Untersuchung keine Bedeutung

§. 3.

II. Ratio legis.

Indem ich mich zur Auslegung der mitgetheilten Constitutionen wende, welche die Grundlage für diese Erörterung bilden werden, ziehe ich zuvörderst den Grund der gesetzlichen Disposition (ratio legis) in Betracht, welcher, wie bei jedem Gesetze, so auch hier als eins der wichtigsten Hülfsmittel für die Auslegung sich darstellt. Diese Untersuchung ist hier um so nöthiger, da, wie der Verlauf dieser Erörterung nur leider zu oft ergeben wird, der oben gerügte Mangel an Klarheit und die Inconsequenzen, welche der Gesetzgeber sich zu Schulden kommen ließ, größtentheils ihre Quelle darin haben, daß die ratio legis weder klar ausgesprochen, noch überall mit Consequenz festgehalten erscheint.

In der Verordnung vom 6ten October 1712 wird als Grund der gesetzlichen Disposition angegeben, Verhütung von Unordnungen und aller daraus erfolgenden üblen Suiten, darin bestehend:

1) „daß die Feldmarken und Gränzen verwirret, und in Unordnung gebracht;

2) die Catastra der Städte gar sehr confundiret und zum merklichen Nachtheile und Beschwerde der Bürgerschaften sowohl als deren Cämmereien geschwächet, die davon gehörige Schosse und andere onera publica nicht richtig bezahlet worden, oder wohl gar zurückgeblieben;

3) nicht weniger die Eigenthumsherren mit der Zeit unbekannt,

4) auch wohl gar ein solches Stück verschiedenen Personen verkaufet,

5) oder über seinen Werth unterpfändlich verschrieben worden."

Die unter 2 angegebene Rücksicht liegt denn auch dem am 6ten October 1712 erlassenen Ausschreiben der Königlichen Regierung wegen executivischer Beitreibung der Städte-Gefälle zu Grunde.

Die Verordnung vom 13ten Januar 1733 faßt natürlich dadurch, daß sie die erste Verordnung wiederholend einschärft, auch sämmtliche unter 1—5 berührte Gesichtspuncte auf. In ihrem ferneren Verlaufe nimmt sie wiederholt nur auf die Richtighaltung der städtischen Cataster Rücksicht. [1])

---

[1]) Die Verordnung für das Fürstenthum Lüneburg und die demselben incorporirten Grafschaften vom 15ten November 1736, welche sich im Allgemeinen als eine Wiederholung der früheren Verordnungen charakterisirt, hebt als Endzweck der Disposition, unter andern auch hervor, daß durch diese eine willkürliche

Wichtiger ist die Verordnung vom 17ten August 1739. Sie verwirft ausdrücklich die Annahme, daß die in Frage stehenden Verordnungen nur allein zur Absicht hätten, die Verwirrung der städtischen Cataster zu verhüten, und bestimmt alsdann, daß nach dem wörtlichen Inhalte mehrbesagter Verordnung präcise und ohne alle Ausnahme gelebet werden solle, da die Absicht des Gesetzgebers dabei zugleich auf Erhaltung guten Credits gehe.

Die neueste Verordnung vom 26sten Januar 1753 erneuert und bestätigt zuvörderst die beiden ersten Verordnungen vom 6sten October 1712 und 13ten Januar 1733 und damit die obigen verschiedenen Gesichtspuncte, hebt aber in ihren ferneren Bestimmungen entschieden, allein und mehrfach die Rücksicht auf städtische Cataster hervor.

Es ergiebt sich hieraus, daß die Verordnungen vom 6ten October 1712, 13ten Januar 1733 und 26sten Januar 1753 die Rücksicht auf städtische Cataster als überwiegenden Gesichtspunct auffassen. Dieser tritt noch um so stärker hervor, wenn man beachtet, daß die Verordnungen vom 6ten October 1712 und 26sten Januar 1753 von onereusen, stadtpflichtigen Grundstücken, d. h. von denen städtische Abgaben berichtigt werden müssen, reden; denn diese Bestimmung erscheint ebenso consequent, wenn man die Rücksicht auf städtische Cataster und städtische Abgaben als Grund der gesetzlichen Dispositionen annimmt, als sie inconsequent sein dürfte, wenn andere Gesichtspuncte, wie z. B. Erhaltung guten Credits als ratio legis angenommen werden müssen, indem in dieser Beziehung der Umstand, ob ein Grundstück stadtpflichtig ist, oder nicht, als ganz gleichgültig sich darstellt.

Dennoch muß jener Gesichtspunct, als entscheidender Grund der gesetzlichen Disposition verworfen werden, so weit nicht der Gesetzgeber ausdrücklich demselben ein entscheidendes Gewicht in einer oder der andern Beziehung beigelegt hat. Er muß schon deswegen verworfen werden, weil der Gesetzgeber in der Constitution vom Jahre 1739 erklärt, seine Absicht gehe zugleich auf Erhaltung guten Credits, und dieser Gesichtspunct jedenfalls weiter geht als jener.

Faßt man nun, um die ratio legis zu eruiren, alle in den Constitutionen berührten Gesichtspuncte zusammen, so kann man diese zuvörderst in zwei Classen trennen. Einige derselben — dahin sind zu rechnen die im Anfange dieses Paragraphen unter 1—3 angegebenen —

Veräußerung an Fremde, welche außerhalb der Stadt oder unter einem andern Gerichtszwange wohnen verhütet werden solle.

begründen vorzugsweise ein öffentliches Interesse; andere — dahin gehören die obigen Gesichtspuncte unter 4 und 5, so wie die in der Verordnung vom Jahre 1739 angegebene Rücksicht, der Erhaltung guten Credits — berühren hauptsächlich das Interesse von Privatpersonen. Dieses doppelte Interesse soll durch die gesetzliche Disposition auf eine besondere Art und Weise geschützt und gesichert werden. Daß dieser besondere Schutz gerade in Bezug auf Grundeigenthum eintreten soll, erklärt sich historisch aus einer echt deutschen Grundansicht über die Bedeutung desselben. An das Grundeigenthum knüpfte sich stets in Deutschland ein sehr bedeutendes Interesse, welches in rechtlich nothwendiger Folge leicht dahin führen konnte, die das Grundeigenthum unmittelbar berührenden Rechtsverhältnisse der Heimlichkeit zu entziehen und sie mit Öffentlichkeit zu umgeben (§. 6—8). Als Nachklang dieses Princips erscheinen unsere Constitutionen. Sie stellen das städtische Grundeigenthum unter öffentliche Controle, um so zu bewirken, daß stets mit Sicherheit feststehe, wer Eigenthümer eines einzelnen Grundstückes, und in wie weit er dieses wegen etwaiger, die Rechte des Eigenthums selbst beschränkenden Befugnisse sei.

Diese Absicht liegt allen Verordnungen zum Grunde, obwohl sie nicht in solcher Allgemeinheit, vielmehr nur in einzelnen Folgesätzen als Grund der gesetzlichen Disposition ausgesprochen wird. Die gesetzliche Disposition selbst aber, deren präcise und wörtliche Befolgung die Verordnung vom Jahre 1739 streng befiehlt, steht mit der weiteren ratio legis im vollen Einklange, während sie der engeren ratio, Rücksicht auf städtische Cataster und onera, gradezu widerspricht, indem die letztere in rechtlicher Consequenz nur dahin führt, Alienationen, welche eine Besitzmutation mit sich führen, an Anmeldung bei der städtischen Obrigkeit zu binden.

Es kommt mir hauptsächlich auf das durch die obige Ausführung gewonnene negative Resultat an, daß die Rücksicht auf städtische Cataster und onera nicht die entscheidende Norm unserer Constitutionen sei. Der Umstand, daß der Gesetzgeber diesen einzelnen Folgesatz über die Gebühr in den Vordergrund treten läßt, darf uns an dem gewonnenen Resultate nicht irre machen. Ebensowenig sind wir berechtigt, wenn der Gesetzgeber diesem einzelnen Folgesatze in einer einzelnen Beziehung ein überwiegendes Gewicht beilegte, dasselbe in anderen Beziehungen zu thun. Willkür würde es demgemäß sein, wenn wir mit Rücksicht auf den mehrfach hervorgehobenen Folgesatz,

die Worte des Gesetzgebers berichtigen, in Gemäßheit jenes Gedankens einen allgemeinen Ausdruck einschränkend erklären wollten. Dieses hat die Praxis mehrfach gethan, trotz allen Eiferns des Gesetzgebers gegen dieses Verfahren. Sicherlich wurde sie hierbei aber nicht geleitet durch ein wahres praktisches Bedürfniß.

§. 4.

II. Fortsetzung. — Gegensatz zu der Calenberg'schen Verordnung vom 4ten April 1620 und dem Cap. 11. §§. 1 und 2 der Lüneburg'schen Policey-Ordnung.

Aus dem Obigen ergiebt sich, was hoffentlich durch die Ausführungen in den §§. 6 — 8 noch zur größeren Bestimmtheit und Klarheit erhoben werden wird, daß der Gesetzgeber durch Berücksichtigung der großen Wichtigkeit, welche das Grundeigenthum von den ältesten Zeiten herab in Deutschland hatte, zu seiner Disposition geführt wurde. Das Grundeigenthum der Städte sollte sowohl im Ganzen, als auch in Betreff seiner einzelnen Bestandtheile mit einer besonderen Sicherheit verknüpft sein. Die ratio der Constitutionen ist hiernach also rein objectiver Natur.

Hält man hieran fest, so muß das Bestreben, unsere Verordnungen mit Hülfe und mit Rücksicht auf die bekannte Verordnung für Calenberg und Göttingen vom 4ten April 1620 [1]), und die Bestimmungen der Lüneburg'schen Policeiordnung vom Jahre 1618. Cap. 11. §§. 1 und 2 [2]) zu erklären, welches sich insonderheit bei der Beantwortung der überaus schwierigen Frage, ob der obligatorische Vertrag, welcher die Alienation vorbereiten kann, vor erfolgter Anmeldung klagbar sei, kund thut, als ganz verfehlt schon von vorn herein verworfen werden; denn wie bestritten auch die zuletzt genannten Verordnungen sein mögen, so viel steht doch fest, daß sie Bestätigung oder Anmeldung der Verträge verlangen, um dadurch zu verhüten, daß die Contrahenten übervortheilt oder in weitläufige Processe verwickelt werden. Die ratio dieser Verordnungen ist also rein subjectiver Natur, und dieser Umstand allein muß genügen, um jede Folgerung aufs Bestimmteste zurückzuweisen. Allerdings mögen diese Verordnungen aber dazu dienen, die den hier näher in Betracht zu ziehen-

[1]) C. C. C. c. 5. S. 52.

[2]) C. C. L. c. 4. sect. 1. S. 29.

den Verordnungen zu Grunde liegende ratio legis durch strengen Gegensatz zur bestimmteren Anschauung zu bringen.

§. 5.

III. Verhältniß der einzelnen Verordnungen unter einander.

Die Verordnung vom 6ten October 1712 galt ursprünglich und bis dahin, daß sie durch die spätere Verordnung vom 15ten November 1736 auf das Fürstenthum Lüneburg und die demselben incorporirten Grafschaften ausgedehnt wurde, nur für die Fürstenthümer Grubenhagen, Calenberg und Göttingen. Das letztere ist freilich in jener Verordnung nicht ausdrücklich genannt, wird aber vom Gesetzgeber unter dem Fürstenthume Calenberg mitverstanden sein, da die Verordnungen aus den Jahren 1739 und 1753 mit klaren Worten besagen, daß die früheren Verordnungen auch für Göttingen Gültigkeit hätten. Die Verordnungen vom 13ten Januar 1733 und 26sten Januar 1753 gelten nur für Calenberg, Göttingen und Grubenhagen, die Verordnung vom 15ten November 1736 dagegen nur für Lüneburg und die demselben incorporirten Grafschaften. Die Disposition vom 17ten August 1739 hat für alle genannte Landestheile eine gleiche Gültigkeit.

Das gegenseitige Verhältniß der für das Fürstenthum Lüneburg geltenden Verordnungen ist einfach und bedarf deshalb nicht näherer Erklärung. Schwieriger ist das Verhältniß der einzelnen Verordnungen, soweit sie die übrigen Provinzen betreffen, unter einander. Die Festsetzung dieses Verhältnisses ist besonders wichtig in Betreff der Verordnung vom Jahre 1753 zu den drei vorhergehenden Constitutionen. Unter diesen herrscht keine besondere Schwierigkeit.

Die Verordnung vom Jahre 1733 nennt sich selbst eine Renovatio edicti vom 6ten October 1712, enthält auch keine Andeutungen, welche die Annahme rechtfertigen könnten, daß in ihr die frühere gesetzliche Bestimmung in einem andern, als dem ursprünglichen Sinne aufgefaßt sei. — Die Verordnung vom 17ten August 1739 klagt auf gleiche Weise wie die Verordnung aus dem Jahre 1733 über die mangelhafte Befolgung der gesetzlichen Vorschrift des Edicts vom 6ten October 1712, enthält aber in der Hauptsache nichts, was nicht schon aus den früheren Verordnungen gefolgert werden könnte. Daß sie für die Interpretation sehr wichtig sei, liegt am Tage. Sie hebt noch besonders hervor, was sich jedoch auch von selbst verstanden haben würde, daß diejenigen, welche sich ohne Beachtung der gesetz-

lichen Vorschrift ein Pfandrecht an städtischen Grundstücken haben verschreiben lassen, unter die Chirographarier zu setzen seien, so wie, daß wenn von extraneis gesprochen werde, die in Frage stehenden Verordnungen mitgeschickt werden sollten.

Die letzte Verordnung vom 26sten Januar 1753 mißbilligt es von Neuem, daß den früheren Verordnungen insbesondere in den Städten Göttingen, Nordheim, Hameln, Eimbeck und Osterode nicht genügend nachgekommen sei, bestätigt sodann die beiden früheren Verordnungen ihrem ganzen Inhalte nach, fügt aber ausdrücklich hinzu, daß sie die früheren Verordnungen in Ansehung der gedachten fünf Städte erweitern und vermehren wolle. Dieses Letztere thut denn die Verordnung auch sicherlich durch die in den Absätzen 6—13 gegebenen Bestimmungen, denn daß diese nicht als etwas Besonderes, mit den früheren Verordnungen gar nicht Zusammenhängendes gedacht werden dürfen, geht aus dem Zusammenhange und der Art und Weise, wie die Sätze verbunden sind, bestimmt genug hervor. Daß in den Absätzen 2—5 nur Abweichungen von den früheren Dispositionen enthalten seien, wird bei näherer Betrachtung gewiß nicht behauptet werden können; ob sie aber überhaupt Abweichungen enthalten, mag bestritten werden und ist bestritten worden in Betreff der Veräußerungen auf den Todesfall, nicht weniger mit Rücksicht auf die Frage, ob der obligatorische Vertrag, welcher die Alienation vorbereiten kann, vor erfolgter Anmeldung klagbar sei. Die nähere Erörterung dieser Streitpuncte kann jedoch erst späterhin in den §§. 20 und 29 unternommen werden.

Außerdem darf noch hervorgehoben werden, daß in der letzten Verordnung nur die beiden ersten Verordnungen ausdrücklich erneuert und bestätigt werden, nicht die Verordnung vom 17ten August 1739. Welcher Grund diesem Verfahreu auch zum Grunde liegen möge, von praktischer Bedeutung kann dieser Umstand nicht sein, zumal da diese Verordnung keine Bestimmung enthält, welche nicht auch aus den früheren Dispositionen sich herleiten ließe.[1])

---

[1]) Merkwürdig ist es auch, daß die Verordnung vom 17ten August 1739 sowohl im Corpus Constitutionum Calenbergensium als auch im Corpus Constit. Lüneburg. eine ganz abgesonderte Stellung erhalten hat.

§. 6.

B. Die gerichtliche Auflassung und ihr historisches Verhältniß zu den Verordnungen.

Die scharfe Auffassung des historischen Verhältnisses, in welchem die gesetzliche Disposition der im §. 2 abgedruckten Verordnungen zu dem deutschrechtlichen Institute der gerichtlichen Auflassung steht, erscheint mir als das wichtigste und durchaus wesentliche Erforderniß für das richtige Verständniß der gedachten Verordnungen. Weil diese historische Betrachtung außer Augen gelassen wurde, hat man, wie mir scheint, ohne Grund auf der einen Seite die Disposition jener Verordnungen viel zu beschränkt aufgefaßt, und auf der andern Seite denselben einen viel zu großen Umfang angewiesen. Man thut dieses in einer Beziehung ohne auch nur im Entferntesten an der Richtigkeit der Anwendung zu zweifeln, weshalb ich es denn auch unterlassen will, schon hier Behauptungen aufzustellen, welche sich mir als die nothwendige Folge richtiger historischer Auffassung darstellen, befürchtend, daß diese Behauptungen sonst schon von vornherein als parador verworfen werden möchten.

Es kann nicht meine Absicht sein, das Institut der gerichtlichen Auffassung ausführlich nach seinen verschiedenen Beziehungen an diesem Orte zu entwickeln,[1]) vielmehr genügt es mir zu meinem Zwecke den Grundcharakter der Auflassung in ihrer ursprünglichen Gestalt und späteren historischen Entwickelung aufzufassen. Erst später wird es angemessen erscheinen, einzelne Beziehungen derselben in Parallele mit gleichen oder ähnlichen Beziehungen, welche die zu analysirenden Verordnungen darbieten, näher zu erörtern.

Das Grundeigenthum hat in Deutschland von den frühesten Zeiten herab eine besonders wichtige, ganz eigenthümliche Bedeutung gehabt. Auf dem Besitze des freien Grundeigenthums beruhte die Freiheit und damit die Befugniß, die so äußerst wichtigen Freiheitsrechte auszuüben.[2]) Allein nicht bloß Berechtigungen ruhten auf

---

[1]) Ausführlich handeln von der Auflassung die bei Maurenbrecher Lehrbuch des deutschen Privatrechts Bd. I. §. 224. Note 1 u. 2 (der 2ten Auflage) citirten Schriftsteller, von denen besonders hervorgehoben zu werden verdient Beseler Vergabungen von Todeswegen §. 4 und Albrecht Gewere S. 63 — 78.

[2]) Vergl. Maurenbrecher a. a. O. §. 132.

dem Grundeigenthume, sondern auch wichtige Verpflichtungen gegen den Staat und die Gemeinden. Diese, zu denen der Grundeigenthümer in ein näheres Verhältniß trat, waren ganz natürlicherweise im hohen Grade bei den auf das Grundeigenthum sich beziehenden Rechtsverhältnissen interessirt, und führte dieses Interesse leicht dahin, jene Rechtsverhältnisse unter eine Art öffentlicher Controle zu stellen. Als Folge dieser Ansicht erscheint die gerichtliche Auflassung als nothwendige Bedingung jeder vertragsmäßigen Alienation, welche das Grundeigenthum betrifft.

Die Auflassung führte zu allen Zeiten einen gewissen Grad der Öffentlichkeit mit sich. Dieses war schon in den frühesten Zeiten der Fall, als sie nicht nothwendig an die Mitwirkung des Gerichts gebunden war, sondern auch vor Zeugen mit voller Wirksamkeit geschehen konnte [3]), mußte aber im erhöheten Maße der Fall sein, nachdem das, in den Quellen des Mittelalters mehrfach ausgesprochene Princip feststand, daß die Auflassung vor Gerichte in den Städten vor dem Rathe geschehen müsse.

Außer der Oeffentlichkeit erforderte die gerichtliche Auflassung die symbolische Uebergabe der Sache. Nicht die Sache selbst wurde übergeben, sondern anstatt derselben ein Gegenstand, welcher die Sache, die man veräußern wollte, repräsentiren, dieselbe symbolisch darstellen sollte. Die Symbole, deren man sich bediente, sind von Anfang an verschieden gewesen, und haben im Laufe der Zeit nicht ohne Rücksicht auf die Sitte sich verändert [4]). Sie haben theils eine unmittelbare Beziehung auf das Object, dessen Veräußerung sie vermitteln sollen, und bieten dann eine besondere Anschaulichkeit dar, theils fehlt ihnen die gedachte Beziehung ganz, es genügte aber das Symbol, weil die Betheiligten über dessen Bedeutung einverstanden waren.

Neuere Forschungen bewährter Germanisten haben zur Genüge die Unrichtigkeit der Ansicht, welche man hin und wieder bei älteren

---

[3]) Dieses leugnet zwar Eichhorn in der Einleitung zum deutschen P. R. §. 174 und Rechtsgeschichte §. 59 a (4te Aufl.), allein, wie ich glaube, ohne genügenden Grund wegen Capit. I. Lud. Pii. a. 819 c. 6 und anderer, bei Beseler a. a. O. §. 4 angeführten Stellen.

[4]) Hierüber verdient verglichen zu werden Reyscher über die Symbolik des deutschen Rechts, in dessen Beiträgen zur Kunde des deutschen Rechts. Tübingen 1833, besonders S. 50 flgde.

Schriftstellern findet, dargethan, daß die gerichtliche Auflassung sich nur auf die Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken beziehe. Sie war vielmehr die Form, wodurch der vertragsmäßige Erwerb aller und jeder dinglichen Rechte am Grundeigenthume vermittelt wurde. Nur durch sie gelangte man auf vertragsmäßigem Wege in das Verhältniß der Gewere am Grundeigenthume, wodurch die Möglichkeit dinglicher Klagen bedingt war.

Die symbolische Tradition war ein nothwendig zweiseitiges Geschäft und mußte vor dem Gerichte der belegenen Sache vorgenommen werden. Sie bewirkte sofortigen Uebergang des constituirten dinglichen Rechts auf den Erwerber, so insbesondere sofortigen Uebergang des Eigenthums; Besitzergreifung war hiezu durchaus nicht erforderlich. Eine Einweisung in den Besitz des veräußerten Grundstücks findet sich allerdings in den Quellen neben der symbolischen Tradition erwähnt, allein dann dient sie besonderen Zwecken, welche zum Erwerbe des Eigenthums in keiner nothwendigen Bedingung stehen.

Auf gleiche Weise geschieht bereits in den ältern Rechtsmonumenten einer charta Erwähnung, einer öffentlichen Urkunde, welche über die vorgenommene Auflassung aufgesetzt wurde. Sie bestand neben diesem Acte, bildete kein begriffswesentliches Erforderniß desselben, diente zum Beweise und konnte den Act der feierlichen Auflassung nicht ersetzen [5]).

Die feierliche Auflassung in ihrer ursprünglichen Gestalt, von Schriftstellern mehrfach als die geschichtliche bezeichnet, hat sich als gemeinrechtliches Institut verloren und dürfte wohl nur selten als locales Recht in Deutschland angetroffen werden. Aus ihr entwickelten sich jedoch im Laufe der Zeit neuere Formen, welche man mit Maurenbrecher [6]) wohl auf die beiden folgenden Kategorien zurückführen darf:

1) Die gewöhnlichere Form besteht darin, daß der bisherige Eigenthümer sein Recht in die Hände des Richters giebt, es verläßt mit „Hand und Mund", und der Richter das verlassene Recht durch

---

5) Dieses ist wenigstens die sehr allgemeine Regel. Vergl. Beseler Vergabungen von Todeswegen. S. 45.

6) Lehrbuch des deutschen Privatrechts. Bd. I. §. 224, wo auch eine große Reihe von Particularrechten angeführt wird, deren Prüfung durchweg mir jedoch unthunlich war.

Einschreibung in bestimmte Verlassungsbücher, welche verschiedene Namen führen, auf den neuen Erwerber überträgt. Dieses ist das System der Einschreibung, Ingrossation, Transcription.

2) Eine zweite Form besteht darin, daß das Gericht den, die Eigenthumsübertragung bedingenden Contract ausfertigt. Gerichtliche Kaufbriefe (Wehrbriefe) dienen als Zeugniß der gerichtlichen Bestätigung, und ihre Ueberreichung bildet das particularrechtliche Surrogat der feierlichen Auflassung.

Beide Formen tragen unzweifelhaft den Charakter der Auflassung an sich, und müssen die durch sie beherrschten Rechtsverhältnisse, so weit nicht particularrechtlich eine Abweichung fest steht, nach den für die Auflassung in ihrer ursprünglichen Form geltenden Rechtsnormen näher beurtheilt werden. [7])

§. 7.

B. Fortsetzung.

Eine der wichtigsten Folgen der gerichtlichen Auflassung bestand darin, daß im Wege vertragsmäßiger Veräußerung nur durch sie der Erwerb dinglicher Rechte am Grundeigenthume vermittelt werden konnte, daß sie hierzu aber auch vollkommen genügte ohne weitere Rücksicht auf Besitzübertragung. Hierin trat ihr das römische Recht bei seinem Eindringen in Deutschland geradezu entgegen, indem es ganz abweichende Grundsätze über den Erwerb dinglicher Rechte am Grundeigenthume enthält, insbesondere das Eigenthum bei vertragsmäßiger Alienation durch bloße Tradition übergehen läßt, und, da diese jedes Zeichens der Oeffentlichkeit entbehrt, einen stillen und heimlichen Besitz im Sinne des deutschen Rechts zuläßt. In dem Kampfe, welchen die Auflassung mit den römischrechtlichen Grundsätzen zu bestehen hatte, blieben die letzten Sieger; die Auflassung in ihren verschiedenen Formen verschwand als gemeinrechtliches Institut und erhielt sich durch Particularrechte und Gewohnheit nur in einzelnen Gegenden, besonders in Städten.

---

[7]) Beweisstellen zu den Sätzen dieses Paragraphen finden sich bei Kraut Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Privatrecht. §. 102. 103. S. 135. folg. (1. Aufl.)

Die große Wichtigkeit und politische Bedeutung des Grundeigenthums in Deutschland hatte sich jedoch im Allgemeinem in Laufe der Zeit nicht verloren, wenn gleich einzelne, vom Besitze des freien Grundeigenthums abhängende Rechte späterhin theils ganz verschwunden sind, theils bedeutende Modificationen erlitten haben. Die auf dem Grundeigenthume haftenden Verpflichtungen waren im Laufe der Zeit stets vermehrt. Beaufsichtigung des Grundeigenthums, Oeffentlichkeit der dasselbe betreffenden Rechtsverhältnisse erschien nicht nur im allgemeinen, sondern auch im besonderen Interesse der Landesherren, der Grundherren auf dem Lande, der Magistrate in den Städten im hohen Grade wünschenswerth. Man erstrebte dies in vielen deutschen Ländern und suchte es dadurch zu erreichen, daß man die Wirksamkeit derjenigen Geschäfte, welche sich auf die Uebertragung des Eigenthums oder anderer dinglichen Rechte am Grundeigenthume bezogen von einer gerichtlichen Bestätigung, oder einer bloßen Anmeldung bei öffentlichen Behörden abhängig machte. Theils geschah dieses so, daß man die Uebertragung des Eigenthums und anderer dinglicher Rechte an Bestätigung oder Anmeldung bei der Obrigkeit band, ohne daß die Gültigkeit des unter den Contrahenten abgeschlossenen, die Alienation vorbereitenden obligatorischen Vertrags durch die gesetzliche Disposition berührt worden wäre; theils aber auch so, daß Bestätigung oder Anmeldung bei der Obrigkeit selbst die Gültigkeit des obligatorischen Vertrags entweder überhaupt, oder doch wenigstens insofern bedingte, als ein Rücktritt vom Vertrage binnen bestimmter Zeit von der außergerichtlichen Einigung an zugelassen wurde.

Beide Systeme, von denen man das erstere als das mildere, das zweite als das strengere bezeichnen mag, tragen gewiß nicht den Charakter der gerichtlichen Auflassung, eines deutschrechtlichen Instituts, an sich. Sie setzen vielmehr die römischrechtlichen Bestimmungen über den Erwerb dinglicher Rechte am Grundeigenthume als normirend voraus, und bilden nur Surrogate der Auflassung, um die Wirkung der letzteren, Oeffentlichkeit der das Grundeigenthum betreffenden Rechtsverhältnisse, zu bezwecken, welche aus den Bestimmungen des römischen Rechts sich nicht ableiten ließ. Sonach liegt hier modificirt römisches Recht vor. Aus diesem Grunde kann es denn auch keinem Zweifel unterliegen, daß die Tradition des römischen Rechts durch die vorgeschriebene Bestätigung oder Anmeldung,

keinesweges überflüssig gemacht, sondern nur in ihrer Wirksamkeit bedingt wird [1]).

§. 8.

B. Fortsetzung.

Werfen wir nunmehr einen Blick auf unsere Verordnungen, so ergiebt dieser sofort, daß sie die römischrechtlichen Bestimmungen über den Erwerb dinglicher Rechte am Grundeigenthume voraussetzen. Diese ließen einen heimlichen Besitz, eine heimliche Veräußerung, wovon die Verordnungen so viel reden, an sich zu, wodurch insbesondere im Laufe unruhiger Zeiten es dahin kommen mochte, daß die Eigenthümer städtischer Grundstücke unbekannt wurden, die städtischen Magistrate aber um die städtischen Abgaben kamen. Der Gesetzgeber bedingte nun, um diesen und andern Uebelständen abzuhelfen, die Alienation durch Anmeldung bei der Stadtobrigkeit, und rief so ein Surrogat der Auflassung ins Leben, um die Wirkungen der letzteren herbeizuführen. Nichts kann gewisser sein, als daß das neue Institut den Charakter der gerichtlichen Auflassung nicht an sich trage, nichts fester stehen, als daß die Bestimmung der Verordnung ganz überflüssig gewesen wäre, wenn nicht das römische Recht die deutschrechtliche Auflassung fast überall verdrängt gehabt hätte; denn durch die neue gesetzliche Disposition kann keine Wirkung hervorgerufen werden, welche nicht eben so vollständig durch das Institut der gerichtlichen Auflassung begründet würde. Ob nun aber der Gesetzgeber die gewollte Wirkung auf dem Wege des strengeren oder des milderen Systems herbeizuführen beabsichtigte, kann hier noch nicht zur Sprache kommen.

Wie andere Verordnungen, welche für die Auflassung Surrogate anordneten, den so nahe liegenden Gesichtspunct richtiger Entrichtung der auf dem Grundeigenthume ruhenden Lasten besonders berücksichtigten und hervorhoben, so heben unsere Verordnungen, die sich nur auf das städtische Grundeigenthum beziehen, vorzugsweise die Rücksicht auf städtische Cataster und städtische Lasten hervor. Diese Rücksicht lag am nächsten und mochte vortrefflich zur Motivirung des Gesetzes dienen. Andere Rücksichten traten anfänglich in den Worten, derer sich der Gesetzgeber bediente, nicht so sehr hervor, wurden

[1]) Mehrere Beweisstellen finden sich abgedruckt bei Kraut Grundriß §. 103. (der 1. Aufl.)

aber später mit einer solchen Bestimmtheit hervorgehoben, daß man sicher annehmen darf, es sei die Absicht des Gesetzgebers dahin gegangen, durch die vorgeschriebene Anmeldung der actus alienationis dem städtischen Grundeigenthume nicht allein im Interesse der städtischen Obrigkeit, sondern auch in dem der Privatpersonen den Charakter der Oeffentlichkeit in eben dem Maße zu verschaffen, wie dieses durch das Institut der gerichtlichen Auflassung bewirkt worden war.

Durch diese Ausführung wird hoffentlich dasjenige, was im §. 3 über die ratio der Verordnungen gesagt worden ist, zur größeren Bestimmtheit gelangen und mehr auf die Ueberzeugung einwirken.

§. 9.

B. Fortsetzung.

Die richtige Auffassung des historischen Verhältnisses, in welchem unsere Verordnungen zu dem Institute der gerichtlichen Auflassung stehen, führt jedoch ferner zu der durchaus wichtigen Folgerung, daß die Disposition der gedachten Verordnungen insoweit nicht Anwendung erleiden könne, als in einer oder der andern Stadt für das eine oder andere der das Grundeigenthum betreffenden Rechtsverhältnisse die Auflassung, sei es nun in ihrer alten oder neuen Form, in Folge statutarischer Gesetzgebung oder rechtsgültiger Gewohnheit, noch jetzt gilt.

Dieses ist nun aber allerdings in mehreren Städten in mehr als einer Beziehung der Fall. Ich will, um meiner Deduction der aufgestellten Behauptungen mehr Anschaulichkeit zu verleihen, mit Beziehung auf ein Beispiel reden, und wähle als solches aus mehreren, nicht fern liegenden Gründen die Altstadt Hannover, insofern hier „nach kundbaren unverrückten Herkommen“ für alle bürgerliche Stadthäuser, wenn es sich um Eigenthumsübertragung derselben im Wege vertragsmäßiger Alienation handelt, die gerichtliche Auflassung in ihrer ursprünglichen Gestalt gilt [1]). Ich behaupte nun, daß man, wenn es sich um die Eigenthumsübertragung eines solchen bürgerlichen Stadthauses handelt, auf unsere Verordnungen überall nicht recurriren dürfe. — Auf den ersten Anblick könnte man vielleicht sich geneigt fühlen, dieser Behauptung nicht eben große praktische Bedeutung beizulegen, von der Annahme ausgehend, es komme am Ende Alles auf eins heraus, ob man jene Behauptung

---

[1]) Vergl. §. 13.

billige, oder nicht. Bei etwas näherer Betrachtung verschwindet jedoch diese Aushülfe in schwieriger Lage als täuschender Schein; denn die Vorschrift unserer Verordnungen trägt den allgemeinen Charakter der gerichtlichen Auflassung nicht an sich, und führt in mehrfacher Hinsicht zu wesentlich verschiedenen Resultaten, als diese. Hier hebe ich nur eine der wichtigsten möglichen Verschiedenheiten hervor, um an dieselbe meine Deduction zu knüpfen. Es leidet gar keinen Zweifel, daß der obligatorische Vertrag, welcher meist die Eigenthumsübertragung vorbereitet, neben der Auflassung in jeder Hinsicht bindend sei[2]; dagegen ist es sehr bestritten und wird wohl stets zweifelhaft bleiben, ob nach der Vorschrift unserer Verordnungen schon der, die Eigenthumsübertragung vorbereitende obligatorische Vertrag, oder nur die Alienation selbst durch Anmeldung bei der städtischen Obrigkeit bedingt sei.

Mit Rücksicht auf diese Verschiedenheit behaupte ich nun ferner, daß die Beantwortung dieser streitigen Frage ganz gleichgültig sei, wenn es sich um den Eigenthumserwerb von Häusern, welche in der Altstadt Hannover belegen und der Jurisdiction der Stadt unterworfen sind, handelt; oder mit anderen Worten, daß man den zur Eigenthumsübertragung eines solchen Hauses führenden obligatorischen Vertrag für klagbar erklären müsse, wenngleich demselben nach der Vorschrift der mehrgedachten Verordnungen jede Klagbarkeit abgesprochen werden müßte.

Ich weiß sehr wohl, daß diese Behauptung den bestehenden Ansichten geradezu widerstreitet; ich gestehe daneben, daß ich nie eine Andeutung meiner Behauptung gefunden habe, obwohl die obige nach meiner Ansicht gleichgültige Frage vielfach in Proceßacten des Stadtgerichts zu Hannover ventilirt, und daneben in einer dem Drucke übergebenen Abhandlung mit directer Beziehung auf die Altstadt Hannover in nähere Untersuchung gezogen ist[3]. Dieser Umstand kann mich jedoch nicht hindern, zumal da von einem wah-

[2]) Vergl. §. 31.

[3]) Meißner. Beiträge zur Kenntniß der Verfassung der Königlichen Residenzstadt Hannover. — Der Verfasser versteht die Vorschrift unserer Verordnungen so, daß die Klagbarkeit des obligatorischen Vertrages durch die Anmeldung bedingt werde, und wendet dieses Resultat ohne Weiteres auf Verträge an, welche zum Eigenthumserwerbe der ebengedachten Grundstücke führen sollen.

ren Gerichtsgebrauche hier nicht die Rede sein kann, die Rechtfertigung der obigen Behauptung zu versuchen, welche sich aus den früheren Ausführungen ergeben muß.

Die von mir aufgestellte Behauptung erscheint mir nur als die durchaus consequente Folgerung der obigen historischen Auffassung. Wo die gerichtliche Auflassung gilt, da ist auch Oeffentlichkeit in Betreff des Grundeigenthums ganz von selbst gegeben; ohne gerichtliche Mitwirkung ist auf dem Wege vertragsmäßiger Alienation Uebertragung des Eigenthums rechtlich weder möglich noch denkbar, von einem heimlichen actus alienationis kann schlechterdings nicht geredet werden. So lange die symbolische Verlassung nicht geschehen ist, bleibt derjenige, welcher veräußern will, vielleicht auch den Besitz übertragen hat, dennoch nicht nur dem Besitzenden, sondern auch dritten gegenüber unbeschränkter Eigenthümer, als solcher sowohl in öffentlicher, als privatrechtlicher Beziehung auf der einen Seite berechtigt, wie auf der anderen Seite verpflichtet. Der obligatorische Vertrag, welcher meistens der Auflassung vorhergehen wird, besteht neben dieser durchaus selbständig und folgt den besonderen, für Verträge im Allgemeinen geltenden Regeln.

Wo dagegen das Institut der Auflassung durch die römischrechtlichen Bestimmungen der traditio verdrängt wurde, da ist die heimliche Alienation nicht allein die gewöhnliche, sondern auch die ganz natürliche Folge. Die Oeffentlichkeit in Betreff des Erwerbs vom Grundeigenthume verschwindet damit ganz von selbst. Soll diese fortbestehen neben den römischen Bestimmungen über traditio, so kann dieses nur auf künstlichem Wege bewirkt werden, entweder so, daß der Gesetzgeber die Wirksamkeit der traditio durch Anmeldung bei der Obrigkeit bedingt, oder auch so, daß der Gesetzgeber sogar die Wirksamkeit des die Tradition meistens vorbereitenden Vertrages an die Anmeldung knüpft. Im letzteren Falle geht der Gesetzgeber um einen Schritt weiter, als im ersterem; er thut dieses um den beabsichtigten Zwecke um desto sicherer zu erreichen, indem nun die Contrahenten dadurch, daß ihre eigenen Interessen in einem weiteren Umfange in Frage gestellt werden, viel leichter sich bewogen finden werden, die Handlung vorzunehmen, welche der Gesetzgeber vorgeschrieben hat, um seinen Zweck zu erreichen. Im ersteren Falle handelt es sich hauptsächlich nur um die Interessen dritter, welche von den Contrahenten leicht unbeachtet gelassen werden, wenn ihnen für diesen Fall nicht besondere Strafen angedroht sind.

So viel ist gewiß völlig klar, daß dem Gesetzgeber in dem ersteren wie in dem letzterem Falle seine Vorschrift als Mittel zum Zwecke dient, um Etwas zu erreichen, was nicht schon selbständige Folge sonstiger Vorschriften ist.

Hiernach muß man nothwendig annehmen, daß die Vorschrift der Verordnungen, wenn sie dahin gehen sollte, daß zur Gültigkeit des die Eigenthumsübertragung vorbereitenden obligatorischen Vertrages Anmeldung desselben bei der städtischen Obrigkeit erforderlich sei, auf die Altstadt Hannovor nicht Anwendung leide. Der gegentheiligen Annahme müßte man eine große Inconsequenz vorwerfen, denn der Zweck, welchen der Gesetzgeber nur auf künstlichem Wege erreichen konnte und wollte, wird durch das Institut der gerichtlichen Auflassung auf directem Wege ganz einfach herbeigeführt, indem dieser Zweck hier schon als nothwendige Folge eines eben so nothwendig eintretenden Acts erscheint. Combinirt man aber mit dem Institute der Auflassung die obige Vorschrift, was an sich ja möglich und denkbar ist, so nimmt die Vorschrift, welche im Sinne des Gesetzgebers als Mittel zum Zwecke dienen sollte, eine ganz selbständige Natur an, oder auch, was auf dasselbe herausläuft, es erscheint die Vorschrift im Sinne des Gesetzgebers, als ein ganz zweckloses Mittel. Welchem Zwecke könnte dasselbe auch dienen? Dem Gesetzgeber diente es dazu, um eine gewisse Oeffentlichkeit in Betreff des Grundeigenthums herbei zuführen; diese ist aber hier durch die stets mit Nothwendigkeit neben der Vorschrift eintretende gerichtliche Auflassung ganz von selbst gegeben, gewiß nicht im geringeren Grade als sie durch die Verordnungen herbeigeführt werden kann. Jene Vorschrift neben der Auflassung würde nur dahin führen, daß die Bürger in ihren Rechtsverhältnissen mehr beschränkt würden, als dieses durch Rücksichten der utilitas publica gerechtfertigt zu werden vermöchte. Der Gesetzgeber mochte diese Beschränkung eintreten lassen aus Rücksichten des öffentlichen Wohls, um dadurch einen höheren Zweck zu erreichen, oder dessen Erreichung mehr zu sichern; wo dieser höhere Zweck schon auf einem andern Wege nothwendig erreicht werden muß, kann eine Beschränkung individueller Freiheit, indem sie ohne Zweck sein würde, nie gerechtfertigt erscheinen.

Die mehrfach hervorgehobene, aber zweifelhafte Vorschrift unserer Verordnungen, daß der nicht angemeldete obligatorische Vertrag nicht klagbar sei, ließe sich noch allenfalls mit den Grundsätzen der

Auflassung formell combiniren. Andere nothwendige Folgesätze unserer Verordnungen widerstreiten dagegen geradezu den Grundsätzen der Auflassung, wie solches die spätere Untersuchung ergeben wird. Dieses Alles weiset dringend auf ein Auseinanderhalten der verschiedenen leitenden Principien hin. Einzelne Grundsätze verschiedener Rechtsinstitute dürfen nicht aus dem einen herausgenommen und in ein anderes ohne Weiteres eingefugt werden. Geschieht dieses dennoch, so entsteht eine unorganische Bildung, welche nur die Rechtsverhältnisse verdunkeln und Verwirrung in denselben herbeiführen kann.

Sprechen diese inneren Gründe für meine obige Behauptung, so möchte man doch auf den ersten Anblick sich geneigt fühlen, gegen dieselbe aus dem Umstande, daß unsere Verordnungen allgemein reden, einen Einwurf herzunehmen. Man könnte annehmen, durch die vertheidigte Ansicht verlören die Verordnungen gegen die Bestimmung derselben für einzelne Städte ihre Anwendbarkeit. Bei näherer Betrachtung verliert dieser Einwurf jedoch alles und jedes Gewicht.

Die Verordnung vom 6. October 1712 galt ursprünglich nur für die Fürstenthümer Calenberg, Göttingen und Grubenhagen, in welchen sich außer der Altstadt Hannover, keine Stadt findet, wo gerichtliche Auflassung gilt. Unentschieden mag es bleiben, ob dem Gesetzgeber dieses alte Gewohnheitsrecht der Altstadt Hannover bekannt war, oder nicht. Möge das eine oder das andere der Fall gewesen sein, aus der allgemeinen Disposition folgt nach allgemeinen Interpretationsgrundsätzen keinesweges, daß besondere Dispositionen, welche an einzelnen Orten in Folge statutarischer Gesetzgebung oder localer Gewohnheit gelten, wegfallen müssen, wenn sie dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Zwecke nicht widerstreiten, vielmehr demselben im hohen Grade vollkommen entsprechen.

c. 1. *de constitut.* in VIto (1. 2.)

„. . Romanus Pontifex . . . . quia . . . locorum specialium . . . consuetudines et statuta . . . potest probabiliter ignorare: ipsis . . . per constitutionem noviter a se editam, nisi expresse caveatur in ipsa, non intelligitur in aliquo derogare.“

Die Quellen des gemeinen Rechts bieten eine große Reihe von

Beispielen einer gleichen Behandlung dar; will man ein solches aus dem Gebiete des hannoverschen Particularrechtes, so kann dazu das Edict von Ernst August, vom 21. December 1694 dienen [1]). Dieses hebt für die Fürstenthümer Calenberg und Grubenhagen die portio statutaria unter Ehegatten ganz allgemein auf und setzt an deren Stelle die völlig abweichende Vorschrift des römischen Rechts über die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten, und dennoch haben Gerichte und Schriftsteller dafür gehalten, daß die den Worten nach allgemein aufgehobene portio statutaria, wo sie auf statutarischer Gesetzgebung oder localer Gewohnheit beruht, nach wie vor gelte.

Hiernach würde man die obige Behauptung selbst dann billigen können, wenn in Folge derselben für eine oder die andere Stadt unsere Verordnungen alle und jede Wirksamkeit verlören, welches allerdings der Fall sein würde, wenn in einer oder der anderen Stadt die gerichtliche Auflassung rücksichtlich aller und jeder, das Grundeigenthum betreffenden Rechtsverhältnisse, in Betreff welcher unsere Verordnungen Oeffentlichkeit erfordern, fortlebte. Davon kann aber überall nicht die Rede sein. Die gerichtliche Auflassung gilt in einzelnen Städten nur für einzelne Rechtsverhältnisse. So gilt sie z. B. in der Altstadt Hannover nur für Eigenthumsübertragung und die Constitution von Pfandrechten, dagegen nicht für die übrigen dinglichen Rechte, welche unsere Verordnungen gleichfalls berücksichtigen. Ja selbst in den hervorgehobenen Beziehungen bezieht sie sich nur auf, dem Stadtgerichte jurisdictionspflichtige Grundstücke, während unsere Verordnungen sich auf alle bürgerlichen Grundstücke beziehen, Häuser, Aecker, Wiesen, mögen sie nun der städtischen Gerichtsbarkeit unterworfen sein, oder nicht. Man sieht hieraus, daß durch die vertheidigte Behauptung die Disposition unserer Verordnungen für einzelne Städte keineswegs ganz aufgehoben, vielmehr nur in einer oder der anderen Beziehung beschränkt wird.

Die Frage nun, inwieweit diese Beschränkung eintrete, kann nicht hier, sondern erst in einem anderen Zusammenhange zur Sprache gebracht werden. An diesem Orte kam es mir nur darauf an, an der Hand der richtigen Auffassung des historischen Verhältnisses, in welchem die Disposition unserer Verordnungen zu der

---

[1]) C. C. C. Tom. II. S. 624.

deutschrechtlichen Auflassung steht, einen allgemeineren Gesichtspunct zu gewinnen, auf den man recurriren könne, wenn im Laufe der Untersuchung sich ergeben sollte, daß in einer oder der andern Stadt für das eine oder andere der das Grundeigenthum betreffenden Rechtsverhältnisse, welche im Allgemeinen der gesetzlichen Dispositon unserer Verordnungen unterliegen, Grundsätze des älteren deutschen Rechts fortleben [2]). Dieser allgemeine Gesichtspunct ist durch die obige Deduction gewonnen, da sie an sich einen allgemeineren Charakter hat und nur, um die Demonstration anschaulicher zu machen, an ein beliebiges Beispiel sich anschloß.

§. 10.

C. Ueberſicht der folgenden Abschnitte und allgemeinere Erörterungen.

Der wesentliche Inhalt der Verordnungen läßt sich nach den Worten der ersten Verordnung vom 6. October 1712, welche, wie im §. 5 gezeigt wurde, die Grundlage der späteren bildet, dahin angeben: „ohne Wissen der Stadtobrigkeit und vorhergegangene Anmeldung bei derselben soll kein jus in re an bürgerlichen Grundstücken transferirt werden. Geschieht dieses dennoch, so sind alle solche heimliche actus alienationis, als null und nichtig, zu cassiren. Außerdem verfällt derjenige, welcher das Stück heimlicher Weise transferirt, wie auch derjenige, welcher solches an sich bringt, in Strafe, die in der Hälfte des Werths des veräußerten Stücks besteht.“

Die Folge der Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschrift ist klar; sie besteht in Nichtigkeit und Strafe [1]). Man kann hiernach das Gesetz, wenn man diesen Ausdruck überhaupt billigt, eine lex plus quam perfecta nennen. Alle übrigen Bestimmungen des Gesetzes bedürfen dagegen einer sorgfältigen Auslegung.

Zuvörderst treten uns die Begriffe der Alienation und der Anmeldung entgegen und erfordern eine nähere Erörterung; denn der

---

[2]) Vergl. die §§. 13. 14. 16. 17. 18.

[1]) Daß die angedrohete Strafe übrigens nur im Falle der Eigenthumsveräußerung Platz greife, wird einem Bedenken nicht unterliegen können.

Begriff der Alienation begreift Vieles unter sich, und es fragt sich, welche einzelne actus alienationis [2]) durch die Disposition unserer Verordnungen getroffen werden. Auf gleiche Weise wird der Begriff der Anmeldung, als desjenigen Erfordernisses, woran die Verordnungen die Rechtsbeständigkeit der unter das Gesetz fallenden Alienationen geknüpft hat, zu mehreren Fragen Anlaß geben. Mit der Erörterung dieser beiden Begriffe kann jedoch die Untersuchung nicht geschlossen werden; vielmehr wird dann erst näher zu entwickeln sein, wie das Rechtsverhältniß theils vor, theils nach erfolgter Anmeldung den Vorschriften unserer Verordnungen und allgemeinen Rechtsnormen gegenüber sich gestalte. In diesem Zusammenhange wird die Beantwortung der schwierigen Frage Platz finden, ob die Rechtsbeständigkeit des die Alienation vorbereitenden obligatorischen Vertrages von der Anmeldung desselben abhängig sei.

Diesem gemäß werden die vier folgenden Hauptpuncte in der angegebenen Reihenfolge zu untersuchen sein:

A. der Begriff der Alienation (Zweiter Abschnitt. §. 11 — 22.)

B. der Begriff der Anmeldung (Dritter Abschnitt. §. 23 — 27.)

C. das Rechtsverhältniß vor erfolgter Anmeldung (Vierter Abschnitt. §. 28 — 41.)

D. das Rechtsverhältniß nach erfolgter Anmeldung (Vierter Abschnitt. §. 42 — 43.)

Bevor jedoch zur Anstellung der berührten Erörterungen geschritten werden kann, müssen noch einige andere Puncte vorabgethan werden.

I. Zuvörderst unterliegt es keinem Zweifel, daß die Verordnungen keine Anwendung leiden können, auf Gegenstände außer Grundstücken, welche nach deutschem Rechte in der einen oder andern Beziehung für unbewegliche Sachen gehalten werden. Die Verordnungen sprechen ausdrücklich nur vom Grundeigenthume, welches

---

[2]) Ich werde mich der Ausdrücke: „actus alienationis, Alienation, Translation" bedienen, weil die Verordnungen dieses thun, ohne dadurch der Beantwortung der Frage vorzugreifen, welche Wirksamkeit der obligatorische Vertrag vor erfolgter Anmeldung habe, wobei jene Ausdrücke nach ihrer verschiedenen Erklärung wichtig sein können.

auch nur allein in Deutschland diejenige politische Bedeutung genoß, welche es wünschenswerth erscheinen ließ, besondere Institute oder Rechtsvorschriften hervorzurufen, um durch dieselben Oeffentlichkeit herbeizuführen. Ich berühre diesen Punct auch nur der Vollständigkeit wegen, weil er von anderen Schriftstellern in Erwägung gezogen und zur gerichtlichen Entscheidung gekommen ist [3].

II. Aus einem gleichen Grunde hebe ich ferner hervor, daß die Verordnungen nach ihren eigenen Worten nicht auf Grundeigenthum eines Bürgers, welches nicht im Stadtbezirke (Stadt und städtische Feldmark) belegen ist, Anwendung finden [4].

III. Gleichfalls ist es nach den ausdrücklichen Bestimmungen der Verordnungen unzweifelhaft, daß die gesetzliche Vorschrift stets Anwendung finde, gleichviel ob derjenige, welchem ein jus in re an städtischem Grundeigenthume transferirt werden soll, für seine Person der städtischen Jurisdiction unterworfen, ob er Landesunterthan oder Ausländer ist [5].

IV. Das Princip der Oeffentlichkeit in Betreff des Grundeigenthums, welches früher in Deutschland in einem weit größeren Umfange galt, wird durch unsere Verordnungen nur für das städtische Grundeigenthum ausgesprochen. Hier gilt es aber nicht allein für Häuser, sondern auch für Aecker, Gärten, Wiesen und andere unbewegliche Bürgergüter; es gilt ferner gleich viel ob das städtische Grundeigenthum der städtischen Jurisdiction unterworfen ist, oder nicht, ob es in der Stadt oder in der städtischen Feldmark belegen ist. Dieses Alles geht aus den Verordnungen mit Bestimmtheit hervor.

Schwieriger ist schon die Beantwortung der Frage, ob die Vorschrift der Verordnungen für städtisches Grundeigenthum ohne Weiteres gelte, oder nur unter der Voraussetzung, daß auf demselben städtische onera haften. Die letztere Annahme würde ganz consequent

---

[3] Pufendorf. Observationes. J. U. Tom. III. Obs. 180. §. 3, wo auch ein Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichts zu Celle abgedruckt ist.

[4] Strube. Rechtliche Bedenken. Band I. Bedenken 267. (der Spangenberg'schen Ausgabe.)

[5] Vergl. das im §. 2. abgedruckte Regierungsausschreiben vom 6. October 1712.

sein, wenn man die ratio legis nur in der Rücksicht auf städtische Cataster und Gefälle finden dürfte, indem alsdann ein Interesse nur ersichtlich wäre bei Besitzmutationen solcher Grundstücke, auf welchen städtische Lasten haften. Diese Schlußfolge kann jedoch nicht gebilligt werden, theils weil das Gesetz ja selbst die Rücksicht auf das Interesse Dritter neben dem Interesse des städtischen Aerars hervorhebt, theils weil die gesetzliche Disposition gar nicht auf Veräußerungen, welche eine Besitzmutation mit sich führen, beschränkt ist[6]).

Die aufgeworfene Frage hätte überhaupt nicht große Schwierigkeit, wenn der Ausdruck: „onereuse Bürgergüter", dessen sich der Gesetzgeber in der Verordnung vom 6. October 1712 bedient, in dem dispositiven Theile des Gesetzes sich fände. Jener Ausdruck findet sich nun aber unter den enuntiativen Sätzen, denen eine eigentliche Verbindungskraft nicht zugeschrieben werden mag; in dem dispositiven Theile des Gesetzes wird dagegen ganz allgemein von unbeweglichen Bürgergütern geredet. Tritt hierzu nun, daß die ratio der Verordnungen, je nachdem sie in das Interesse der Städte oder Dritter gesetzt wird, in ihrer Consequenz, die Beschränkung der gesetzlichen Vorschrift auf onereuse Bürgergüter erfordert, oder deren Beziehung auf alle Bürgergüter allgemein voraussetzt, so tritt die Schwierigkeit hervor. Diese wird jedoch, wie mir scheint, glücklicherweise dadurch gelöset, daß die Verordnung vom 26. Januar 1753 — die anderen Verordnungen enthalten kein Moment für die Beurtheilung der Frage — in ihren Dispositivworten mehrfach nur von stadtpflichtigen Gütern, onereusen Stadtgütern redet. Da nun diese Verordnung die früheren wiederholen und bestätigen will, auch in dem hier in Frage stehenden Puncte eine specielle Abänderung nicht anzunehmen ist, indem man im umgekehrten Falle eine Beschränkung der früheren Verordnungen behaupten müßte, während die neueste Verordnung selbst die Worte im Munde führt, sie wolle neben der Bestätigung früherer Verordnungen eine Vermehrung und Erweiterung derselben bewirken, so darf man wohl behaupten, es ergebe sich hieraus in Verbindung mit dem enuntiativen Ausdrucke der ersten Verordnungen, welcher jedenfalls als Interpretationsmittel dienen mag, daß die Disposition der Verordnungen nur auf onereuse Stadtgüter, nicht aber auf s. g. Freihäuser u. s w. zu beziehen sei.

---

6) Vergl. §. 15 und 18.

Unter stadtpflichtigen Gütern, onereusen Stadtgütern im Sinne der Verordnungen wird man übrigens Grundeigenthum zu verstehen haben, auf welchem die allgemeinen städtischen Lasten (Schoß, Servile) ruhen, nicht Grundstücke, welche ohne den allgemeinen städtischen Lasten unterworfen zu sein, von der Stadt oder Instituten, worüber der städtischen Obrigkeit die Aufsicht und Verwaltung zusteht, lehns- oder gutsherrlich releviren.

Daß der Gesetzgeber das Princip der Oeffentlichkeit, welches historisch erweislich für alles Grundeigenthum galt und seine Befriedigung erhielt, nur in Betreff des städtischen Grundeigenthums wiederbelebte, kann nichts Auffallendes haben; daß er aber seine Disposition in der Art, wie er dieselbe ausgesprochen hat, auf stadtpflichtiges Grundeigenthum beschränkte, trägt einen rein zufälligen Charakter an sich, ohne auf irgend einem allgemeineren Grunde zu beruhen, und ist offenbar durch den ebenso zufälligen Umstand hervorgerufen, daß dem Gesetzgeber die allgemeine ratio legis, in deren consequenter Folge die Beschränkung auf onereuses Grundeigenthum wegfallen mußte, dadurch in seinen Gedanken zu sehr in den Hintergrund trat, daß ihm die eine, allerdings sehr wichtige Folge der allgemeineren ratio, nämlich die Rücksicht auf städtische onera, welche dem Gesetzgeber vielleicht als äußerer Veranlassungsgrund zu seiner Disposition dienen mochte, mehr als gut und den Verhältnissen angemessen war, vorschwebte.

In dem gewonnenen Resultate dürften auch wohl, so viel ich weiß, die Meisten übereinstimmen. Strube stützt die richtige Ansicht darauf, daß der Gesetzgeber durch seine Vorschrift das Interesse der Städte sichern wolle, und deshalb, — da keine Einschränkung der natürlichen Freiheit und der gemeinen Rechte zu vermuthen — diese Vorschrift keine Anwendung finden könne, in Fällen, wo die Städte kein Interesse haben, weil von einem Grundstücke kein Heller der Stadtcasse zufließe [7]. Offenbar ist diese Argumentation einseitig und nicht haltbar, da, wie selbst Strube an einem anderen Orte behauptet, der Gesetzgeber neben dem Interesse der Städte auch das dritter Personen berücksichtigte. Allerdings wird man aber den Rechtssatz, daß jede Einschränkung der natürlichen Freiheit und Abänderung des gemeinen Rechts strict zu erklären sei, für die rich-

---

7) Rechtliche Bedenken. Bd. I. Bdk. 97. (Sp. A.)

tige Ansicht anziehen dürfen, voraussetzt, daß man annimmt, wie gewiß mit Recht geschieht, daß das historisch-politische Princip der Oeffentlichkeit in Betreff der das Grundeigenthum bezielenden Rechtsverhältnisse zur Zeit als die Verordnungen erlassen wurden, bereits aufgehört habe, ein allgemeines Rechtsprincip zu sein.

Wenn man die Resultate dieses Paragraphen zu einem allgemeinen Ueberblicke zusammenfaßt, so kann man die Vorschrift unserer Verordnungen schon näher dahin angeben: ohne vorherige Anmeldung bei der städtischen Obrigkeit ist jede Alienation des stadtpflichtigen Grundeigenthums, ohne weitere Rücksicht auf die Contrahenten und die nähere Beschaffenheit, Lage und Jurisdictionspflichtigkeit des Objects strafbar und nichtig[8]).

Zweiter Abschnitt.

Der Begriff der Alienation.

§. 11.

Uebersicht.

Der Begriff der Alienation verdient in mehrfacher Beziehung betrachtet zu werden:

zuerst mit Rücksicht auf die einzelnen verschiedenen Arten der Veräußerung, indem die Bestellung von Pfandrechten, Servituten u. s. w. nicht weniger als die Uebertragung des Eigenthums eine Veräußerung involvirt (§. 12 — §. 19.);

---

[8]) Folgendes mag ich noch in diesem Zusammenhange erwähnen:

1) Einige Städte haben über die städtische Feldmark Jurisdiction, andere nicht. Das erstere gilt z. B. für Göttingen, das letztere von Hannover.

2) Die Feldmarken einiger Städte haben sich im Laufe der Zeit den allgemeinen städtischen Lasten entzogen, andere nicht. Jenes soll z. B. bei der hannoverschen, dieses bei der osteroder Feldmark der Fall sein.

sodann nach dem verschiedenen Grunde, worauf die Veräußerung beruht, welcher theils in einer allgemeinen Rechtsregel, theils in einem Rechtsgeschäfte bestehen kann (§. 20 — §. 21.);

zuletzt mit Berücksichtigung ihrer Natur, jenachdem Rechtsgeschäfte vorliegen, wodurch dingliche Rechte am Grundeigenthume erst constituirt, oder bereits constituirte dingliche Rechte auf Dritte weiter übertragen werden sollen. (§. 22.)

Unsere Verordnungen bedienen sich des Ausdrucks: „jus in re", und umfassen damit auch die Translation des Eigenthums, indem sie im Gegensatze zu diesem von „sonsten einigen jus in re" reden. Dieser Ausdruck kann auch nichts Auffallendes haben, wenn man nur bedenkt, daß die Doctrin, so wie sie zur Zeit, als die Verordnungen ins Leben traten, sehr allgemein galt, gestützt auf mehrere Stellen des Canonischen Rechts:

c. 40. *de praeb. et dignit.* in 6to (3. 4.)

„Jus, . . . quod secundo ad praebendam, non in praebenda . . . . competebat."

c. 8. *de conc. praeb.* in 6to (3. 7.)

„. . . . in quibus jus non esset quaesitum in re, licet ad rem."

alle Rechte in jura in re und jura ad rem eintheilte, und unter dem ersteren Ausdrucke alle dinglichen, unter letzterem die persönlichen Rechte umfaßte. [1])

§. 12.

A. Die Alienation ihren einzelnen Arten nach. I. Eigenthumsveräußerung.

Was nun die einzelnen jura in re anbelangt, so leidet es gewiß nicht den geringsten Zweifel, daß die Translation des Eigenthums unter die Disposition unserer Verordnungen fällt. Die Uebertragung des Eigenthums ist es gerade, welche am schärfsten

---

[1]) Vergl. Glück's Pandecten-Commentar. Bd. II. §. 175. S. 539.

vom Gesetzgeber hervorgehoben wird, was sich auch ganz natürlich aus dem Umstande erklärt daß das Interesse der Städte wegen städtischer Abgaben auf gleiche Weise hervorgehoben erscheint, und dieses Interesse, wenn gleich nicht ausschließlich, so doch vorzugsweise bei der Eigenthumsveräußerung in Frage steht.

Allein schon bei der Eigenthumsübertragung ist es von nicht geringer Bedeutung, ob man die ratio legis in der alleinigen Rücksicht auf städtische Cataster und städtische Lasten findet oder nicht. Es kommt nicht selten vor, daß kleine Parcelen eines städtischen Grundstücks dem Eigenthümer eines nachbarlichen Grundbesitzes zur Arrondirung der Gränzen oder aus andern Gründen abgetreten werden. Hierdurch entsteht in den städtischen Catastern, welche nicht den Flächenraum eines Grundstücks angeben, keine Verwirrung, auch wird dadurch, daß einige Fuß Landes, welche man immerhin eine Pertinenz des catastrirten Grundstücks nennen mag, veräußert werden, keine Aenderung in der bisherigen Berichtigung der städtischen Abgaben herbeigeführt. Interpretirt man nun nach jener engeren ratio legis, so bezieht sich die Vorschrift unserer Verordnungen nicht auf Eigenthumsveräußerung einer solchen Pertinenz, während dieses allerdings der Fall ist, wenn man von jener engeren ratio legis als maßgebend für die Auslegung absieht. Die gesetzliche Vorschrift geht dann auf die einzelnen, wenn gleich noch so unbedeutenden Theile eines Ganzen, wie auf dieses selbst. Oeffentlichkeit soll für das Grundeigenthum überhaupt und die darauf sich beziehenden Rechtsverhältnisse herbeigeführt werden.

Die Stellung, welche die Vorschrift unserer Verordnungen, insoweit sie Eigenthumsübertragung betrifft, den Grundsätzen des deutschen und römischen Rechts über diese Art der Alienation gegenüber einnimmt, ergiebt sich bereits nach früheren Ausführungen zur Genüge und bedarf nicht näherer Erläuterung an diesem Orte. Dagegen wird es jetzt erforderlich sein, mit Rücksicht auf die im §. 9 gewonnenen Resultate, hier zu untersuchen, in wieweit die Vorschrift unserer Verordnungen, insofern sie sich auf Eigenthumsübertragung bezieht, in einzelnen Städten durch die deutschrechtlichen Grundsätze der gerichtlichen Auflassung eine Beschränkung erleide. Diese Untersuchung soll in den beiden folgenden Paragraphen angestellt werden.

§. 13.

I. Fortsetzung. — Gerichtliche Auflassung in der Altstadt Hannover.

In den Fürstenthümern Calenberg, Göttingen und Grubenhagen, für welche die Verordnung vom 6. October 1712 ursprünglich allein galt, lebt, so weit die mir zu Gebote stehenden Quellen reichen, das deutsche Recht der gerichtlichen Auflassung nur noch in der Altstadt Hannover fort.

Hier beruht der Eigenthumserwerb an Stadthäusern auf einer symbolischen Uebergabe nach alter deutschrechtlicher Gewohnheit, welche sich bis in den Anfang des vierzehnten Jahrhunderts, bis wohin das im Stadtarchive aufbewahrte älteste Protokollbuch reicht, vollständig verfolgen läßt [1]).

Die Auflassung mußte vor dem Rathe und den Geschworenen geschehen und wurde durch ein Symbol vermittelt. Ueber die Beschaffenheit dieses Symbols reden weder die älteren noch die neueren Urkunden. Es heißt nur, das Haus sei verlassen „more solito“, „iuxta consuetam consuetudinem“, „secundum consuetudinem nostrae civitatis.“ Jetzt bedient man sich allgemein eines Hutes als Symbol [2]).

Wie neben der Auflassung schon in den ältesten Rechtsmonumenten eine charta vorkommt, welche zum Beweise des vorgenommenen Rechtsgeschäfts dienen mochte, und, aus dem Anfertigen der charta sich wohl erklärend, in späterer Zeit die Eintragung des Eigenthumsüberganges in bestimmte Grundbücher, so finden sich bereits seit den

---

[1]) Besonders seit der Zeit, daß das römische Recht um sich griff, heißt es fast stets in den Verlassungsbüchern, die Verlassung sei „na Stadtrecht“ geschehen. Dieser Ausdruck kann aber sehr wohl stadtrechtliche Gewohnheit bedeuten.

[2]) Es ist ein merkwürdiges Zeichen, wie wenig die Bedeutung symbolischer Handlungen im Volke fortlebt, daß die symbolische Uebertragung durch den Hut den Contrahenten meist als eine Lächerlichkeit erscheint. Hört man doch sogar sagen, jene symbolische Handlung sei Nichts als ein Bocksbeutel. — So viel ist gewiß nicht zu bezweifeln, daß die deutschrechtlichen Grundsätze, welche sich in der Altstadt Hannover erhalten haben, ein Bedeutendes dahin mitgewirkt haben, daß der Realcredit zu der Höhe gestiegen ist, auf welcher derselbe sich jetzt in der Stadt Hannover befindet.

älteren Zeiten im Stadtarchive über die Verlassungen aufgenommene Urkunden. Seit dem Jahre 1428 [3]) sind bestimmte Verlassungsbücher vorhanden, in welchen unter den Rubriken „resignationes domorum", „Vorlatinge", „Verlassungen", die einzelnen Auflassungen der Zeitfolge nach notirt sind. In neuerer Zeit sind solche Verlassungsbücher nicht mehr geführt, es wird vielmehr das über die Verlassung aufgenommene Protokoll zu den Acten, welche für jedes einzelne Haus gesammelt werden, registrirt.

Außerdem erfolgt noch nach vorgenommener Auflassung eine Umschreibung des Hauses im Stadtpfandbuche, in welchem jedes Haus sein besonderes folium hat, mit einer besonderen Rubrik für eintretende Besitzmutationen. Auch diese Umschreibung läßt sich bis zum Jahre 1428 verfolgen. [4])

Uebrigens wird die gerichtliche Verlassung, wie in älteren Zeiten so auch noch jetzt, als ein Act aufgefaßt, welcher eine strenge richterliche causae cognitio erfordert. Insbesondere unterliegen die Legitimationen einer genauen Prüfung, und man begnügt sich im Falle, daß die gerichtliche Verlassung durch einen Stellvertreter geschieht, nicht mit einem Generalmandate.

Aus dem Jahre 1765 schreibt sich eine Gerichtsordnung über die gerichtliche Auflassung her, welche folgendermaßen lautet:

„Wir Bürgermeistere und Rath der Königlichen und Churfürstlichen Residenz-Stadt Hannover fügen hiermit zu wissen:

Nachdem nach hiesigem kundbahren unverrückten Herkommen alle bürgerliche Stadthäuser [5]) im Rathe mit der üblichen Solennität da der Verlasser dem, welchem das Haus verlassen wird, mit den Worten: ich verlasse, seinen Huth [6]), oder auch den Con-

---

[3]) Ein älteres Verlassungsbuch ist nach einer im Archive befindlichen Nachricht durch Brand verloren gegangen.

[4]) Vergl. §. 16.

[5]) Mit Rücksicht auf die Ausführung im §. 12 will ich bemerken, daß aus dem 16. und 17. Jahrhunderte mir mehrere Beispiele vorliegen, daß auch einzelne Parcelen, welche als Pertinenz eines Stadthauses betrachtet werden können, more solito verlassen sind. Daß dieses geschehen müsse, erkannte noch vor ganz kurzer Zeit das Stadtgericht zu Hannover in Sachen Niederstadt c. Rode.

[6]) Daß der Hut auch sonst als Symbol bei der Auflassung vorkomme, beweisen viele Urkunden und Ordnungen, von denen man mehrere bei

tract reichet, der andere hingegen mit den Worten: ich nehme an, in solchen Huth greifet, oder den Contract annimmt [7]), und nach dieser Verlassung der Rath zum Bescheide giebet: daß nunmehr das Haus von des Verlassers Nahmen ab, und auf dessen, dem es verlassen, Nahmen geschrieben werden solle; übergeben werden: So haben diejenigen, die ein Haus verlassen und annehmen wollen, wofern sie nicht in Person erscheinen, ihre Gevollmächtigte zur Verlassung mit Special-Vollmacht zu versehen, auch zugleich mit dem gewöhnlichen Bürgerschein darzulegen, daß von dem neuen Successore im Hause vor sich und seine Frau die Bürgerschaft zuvörderst gewonnen. Der Secretarius iudicii aber hat alle gerichtliche Hausverlassungen in ein besonderes Hausverlassungsbuch einzutragen, und zugleich in Obhut zu halten, daß des neuen Hausherrn Nahme in den Catastris und Regestis richtig eingetragen werde. Bei diesem allen versteht sich von selbst, daß vor Gewinnung der Bürgerschaft keine Hausverlassung an einen, der noch nicht Bürger ist, gestattet, noch ehe und zuvor ihm das Haus gerichtlich verlassen, eine Bestellung einer Hypothec auf ein noch unverlassenes Haus, welches in dem Ingrossationsbuch und Catastris auf den Namen eines neuen Acquirentis noch ganz und gar nicht erscheint, zugelassen.

Uebrigens hat der Actuarius iudicii alle drei Monath mit den Camerariis die Catastra durchzusehen, mit solchen das Hausverlassungsbuch zu conferiren, und dahin zu sehen, daß die Häuser auf des rechten Eigenthümers Nahmen bewahret bleiben, und die neuen Successores ins Hausverlassungsbuch eingetragen werden, und da der Eigenthümer verstorben oder eine Veräußerung vorgenommen, und davon keine Anmeldung im Rath, noch eine Hausverlassung gesche-

---

Kraut Grundriß zu Vorlesungen §. 102 S. 138 und 139 zusammengestellt findet.

7) Im Bewußtsein des Gerichts hat sich die Bedeutung des Symbols lebendig forterhalten, woraus es sich denn auch erklärt, wenn man zuweilen jeden anderen Gegenstand für geeigenschaftet gehalten hat, als Symbol zu dienen. Sehr häufig soll man sich auch eines Schlüssels bedient haben. Richter, welche streng verfahren sind, haben, wenn die Verlassung zwischen Männern vorgenommen wurde, des Hutes, wenn Weiber concurrirten, des Contractes, die Parteien sich als Symbols bedienen lassen.

hen, davon im Rath zu Handhabung seiner Königlichen Majestät Verordnungen, alle Quartal specifique schriftliche Anzeige zu thun. Signatum Hannover den 20sten Februar 1765.

(L. S.) Bürgermeister und

Affigirt Hannover Rath hieselbst.

den 23sten Febr. 1765."

Diese Gerichtsordnung, welcher die Eigenschaften eines rechtsgültigen Statuts gewiß beizulegen sind, wie dieses auch durch einen Bescheid des Ober-Appellationsgerichts zu Celle vom 23. Jan. 1815 in Sachen Römeling c. Brandes geschehen ist, giebt mir nur in Betreff des letzten Satzes zu einer Bemerkung Veranlassung.

In demselben ist nämlich neben der vertragsmäßigen Veräußerung auch der Veränderung der Eigenthumsverhältnisse in Folge Erbgangs gedacht, und im Gegensatze hierzu wird von der Hausverlassung einerseits und der Anmeldung im Rathe andererseits geredet. Dieses ist aber insofern irrthümlich, als sämmtliche Verordnungen außer der, für die fünf Städte Göttingen, Nordheim, Hameln, Eimbeck und Osterode geltenden vom Jahre 1753 nur von einer Anmeldung vertragsmäßiger Alienationen reden und somit nicht weiter gehen, als die gerichtliche Verlassung. [8])

Hervorgerufen wurde diese Bestimmung wohl durch das Bestreben, den Besitztitel auch für den Fall der Veränderung des Eigenthums durch Erbgang regulirt zu wissen, wozu die Verlassung, da sie sich nur auf vertragsmäßige Alienation bezieht, nicht dienen mochte.

Die Vorschrift selbst, welche der letzte Satz enthält, wird übrigens jetzt gar nicht beachtet; ob sie früher beobachtet worden ist, weiß ich nicht. Die Hausacten ergeben aber, daß die Anmeldung der Veränderungen in den Eigenthumsverhältnissen der Stadthäuser durch Erbgang nie in der Maße geschehen ist, wie solches erforderlich gewesen wäre, wenn unsere Verordnungen, so weit sie auf die Stadt Hannover Anwendung leiden können, sich auch auf Alienation in Folge letzwilliger Disposition bezögen.

Fragen wir nunmehr mit Rücksicht auf den im §. 9. ausgesprochenen Gesichtspunct, in wie weit für Grundeigenthum in der Altstadt Hannover, wenn es sich um den vertragsmäßigen Erwerb

---

[8]) Vergl. §. 20. II.

desselben handelt, das deutsche Recht der gerichtlichen Auflassung gelte, in wie weit römisches Recht, entweder in reiner Gestalt oder durch die Vorschrift unserer Verordnungen modificirt, so ergeben sich ganz von selbst folgende Sätze:

1) Das deutsche Recht der gerichtlichen Auflassung gilt für das der städtischen Jurisdiction pflichtige Grundeigenthum, gleichviel, ob auf demselben städtische Abgaben haften oder nicht.

2) Die durch die Vorschrift unserer Verordnungen modificirten Rechtsgrundsätze des römischen Rechts über Tradition gelten für das Grundeigenthum, welches nicht der städtischen Jurisdiction, wohl aber den städtischen Abgaben unterworfen ist.

3) Die rein römischen Rechtsnormen über Tradition finden Anwendung, wenn Grundeigenthum in Frage steht, welches weder der städtischen Jurisdiction unterworfen, noch mit städtischen Abgaben belastet ist.

Noch verwickelter stellt sich das Rechtsverhältniß dar, wenn man die im §. 9 entwickelte Ansicht nicht billigt, indem alsdann vier Alternativen in Betracht kommen können, insofern, wenn der Stadt jurisdictionspflichtiges Grundeigenthum in Frage steht, unterschieden werden muß, ob auf demselben städtische Abgaben lasten oder ob es Freigut ist. Im ersten Falle würden alsdann die Grundsätze der Auflassung zugleich mit den Rechtsvorschriften unserer Verordnungen normirend eingreifen, während im zweiten Falle nur die Grundsätze der Auflassung allein entscheidend sein könnten.

Von nicht geringem Interesse ist es, an diesem Orte einen Blick auf die Neustadt Hannover zu werfen, welche bis zum Jahre 1824 in ihrer Verfassung und Verwaltung von der Altstadt ganz getrennt war. Für die Neustadt Hannover haben die deutschrechtlichen Grundsätze der gerichtlichen Auflassung sich nicht forterhalten, weßhalb denn hier auch nur, jenachdem auf dem in Frage stehenden Grundeigenthume städtische Abgaben lasten, oder nicht, das durch die Vorschrift unserer Verordnungen modificirte römische Recht oder die rein römisch rechtlichen Bestimmungen über Eigenthumserwerb als Norm in Betracht kommen dürfen.

Hierin hat auch der Umstand, daß beide Städte im Jahre 1824 vereinigt worden sind, keine Aenderung hervorbringen können, da der §. 2 der Verfassungsurkunde vom 12. März 1824 [9]:

---

[9]) Ebhardt. Sammlung der Gesetze Bd. III. S. 254.

„Alle diejenigen Rechte und Privilegien Unserer Alt- und Neustadt Hannover, ihrer Obrigkeit und Bürgerschaft, welche in der gegenwärtigen Verfassungs-Urkunde nicht aufgehoben, geändert oder anders modificirt sind, bleiben in Kraft und werden, insofern im Nachstehenden nicht etwas anderes verordnet worden, beiden Städten gemeinschaftlich beigelegt"

ohne allen Zweifel nur von Rechten im subjectiven Sinne, Berechtigungen, verstanden werden kann und so stets auch nur verstanden worden ist, was sich sehr bestimmt daraus ergiebt, daß ein früher nur für die Altstadt bestehendes Statut über die gegenseitige Erbfolge der Ehegatten durch eine Verordnung vom 18. Jun. 1830 ausdrücklich vom 1. Jan. 1831 an auf die Neustadt ausgedehnt worden ist.[10])

Sonach muß es als eine, wenn gleich nicht schwer zu erklärende, so doch im hohen Grade auffallende Erscheinung betrachtet werden, wenn seit der Vereinigung der Neustadt mit der Altstadt Hannover, die Häuser der ersteren Stadt nach den Grundsätzen der Auflassung übertragen werden; denn Auflassung ist und bleibt es, wenn der Verkäufer vor Gericht erklärt: „er trete das Haus ab", der Käufer: „er nehme das Haus an und bitte um Umschreibung," und nun zum Bescheide gegeben wird: „daß, in Gemäßheit der geschehenen Verlassung, das Haus im Stadtpfandbuche umgeschrieben sei", da der Umstand, daß ein Hut oder der Contract überreicht wird, was wenigstens regelmäßig nicht geschieht, wenn Häuser der Neustadt abgetreten werden, das eigentliche Wesen der gerichtlichen Auflassung, wenn man ihre spätere Ausbildung ins Auge faßt, nicht ausmacht.[11])

Hervorgerufen ist jene Erscheinung, wenn ich mich nicht täusche, ganz unvermerkt durch einen echt praktischen Tact, wodurch das Stadtgericht sich stets ausgezeichnet hat, durch ein fühlbares Bedürfniß der Gleichförmigkeit, wozu vielleicht noch die Meinung hinzutreten mochte, man habe etwas Gemeinrechtliches, wenn man von dem Symbole abstrahire. Nur vermögen legislative Gründe nicht, jener Erscheinung ein rechtliches Fundament zu verleihen und jenem Acte diejenige Bedeutung beizulegen, welche nach deutschrechtlichen Grundsätzen die Auflassung an sich trägt. Vielmehr ist jener Act insofern

---

[10]) Ebhardt a. a. O. Bd. I. S. 957.

[11]) Vergl. §. 6. S. 23 und 24.

bedeutungslos, als einerseits durch ihn nur insoweit Eigenthum übertragen werden kann, als im einzelnen Falle die über brevi manu traditio und constitutum possessorium geltenden Grundsätze einwirken, andererseits aber jedenfalls jener Act zur Eigenthumsübertragung nicht wesentlich ist, indem nach erfolgter Anmeldung schon die außergerichtliche Tradition Eigenthum überträgt und damit den Erwerber zu allen denjenigen Handlungen berechtigt, welche der Eigenthümer vorzunehmen befugt ist, insbesondere zur Bestellung von Pfandrechten, in welcher Beziehung nichts darauf ankommen kann, ob eine Umschreibung im Stadtpfandbuche erfolgt ist, oder nicht [12]. Diese Umschreibung ist überhaupt nur Officialsache und kann um so weniger als ein wesentlicher Act aufgefaßt werden, da vor erfolgter Vereinigung beider Städte auf der Neustadt nicht einmal Stadtpfandbücher existirten, in welchen eine Umschreibung hätte geschehen können [13].

---

[12] Ich hebe gerade diesen Punct hervor, weil das für die Altstadt geltende Statut ausdrücklich sagt, vor der Verlassung und Umschreibung könne der neue Erwerber ein Haus nicht mit Hypotheken belasten.

[13] Für die Neustadt existirten vor der Vereinigung nur Anmeldungsbücher, in welche von den angemeldeten Contracten ein Auszug aufgenommen wurde. Diese Bücher wurden nach Buchstaben und der Zeitfolge geführt. Erst nach der Vereinigung beider Städte ist für die Neustadt ein Hypothekenbuch nach Realfolien mit einer Rubrik für Besitzmutationen angelegt.

Die gedruckten Formulare der Kaufcontracte, welcher sich das Gerichtsschulzenamt Hannover bediente, enthielten — wie solches bei vielen Gerichten der Fall ist — eine Bestimmung über Tradition und Einweisung in den Besitz. Diese Bestimmung hat Bedeutung insoweit die römischrechtlichen Bestimmungen über brevi manu traditio und constitutum possessorium eingreifen, ist aber von dem jetzigen Verfahren, welches auf deutschrechtlichen Grundsätzen beruht, ganz verschieden. Der Act der Abtretung eines Hauses der Neustadt unterscheidet sich jetzt nur dadurch von jenem Acte, wenn er ein Haus der Altstadt zum Gegenstande hat, daß im ersteren Falle der Hut nicht überreicht wird; die über diese Acte aufgenommenen Protokolle nur dadurch, daß es im letzteren Falle heißt: „der Verkäufer habe das Haus more solito abgetreten," im ersteren: „der Verkäufer habe das Haus abgetreten." Ja, die gerichtlichen Bescheide auf die Hausabtretung unterscheiden sich überall nicht von einander, da es in dem einen, wie in dem andern Falle heißt: „das Haus sei in Ge-

Uebrigens dürften dieselben Gründe, welche wahrscheinlich die beleuchtete Erscheinung hervorriefen, es in einem sehr hohen Grade wünschenswerth erscheinen lassen, wenn auf Antrag des Magistrats das erwähnte Statut vom 23. Febr. 1765 seinen Hauptbestimmungen nach durch die gesetzgebende Gewalt auf die Neustadt Hannover ausgedehnt würde.

§. 14.

I. Fortsetzung. — Gerichtliche Auflassung in den Städten Lüneburg, Uelzen und Celle.

Nachdem die Vorschrift unserer Verordnungen durch die Constitution vom 15. Novbr. 1736 auch auf das Fürstenthum Lüneburg ausgedehnt worden, sind noch zwei Stadtrechte zu beachten, in welchen sich für den vertragsmäßigen Eigenthumserwerb das deutsche Recht der Auflassung findet.

I. In der Stadt Lüneburg gilt die gerichtliche Auflassung in ihrer späteren Gestalt nach ihren Statuten vom Jahre 1679. Im zweiten Theile, Titel III. „Von Auflassung der Erbe oder verkauften Häuser" wird geordnet:

„Wer sein Hauß oder Erbe einem andern verkauft, der ist schuldig vor allen Dingen selbst, oder durch seinen Vollmächtigen, mit dem Käufer auf das Rath-Hauß für dem sitzenden Rath zu gehen, und seine Gerechtigkeit, die er an solchem Hause oder Erbe in Siegeln oder Briefen hat, zu verlassen, und sich derselbigen zu verzeichen, auch zu bitten um Mittheilung eines neuen Haußbriefes, wann solches geschehen und befunden wird, daß Käufer und Verkäufer des Kaufgeldes einig, auch der Verkäufer eine redliche und rechtliche Ankunft zu dem Hause oder Erbe gehabt, so wird die Auflassung gestattet, und müssen alsdenn Käufer und Verkäufer vor das Niedergericht gehen, und wann daselbst der Verkäufer des Kaufes geständig ist, und dem Käufer mit Hand und Munde das Erbe oder Hauß auf- läßt, so wird durch die Gerichts-Befehlshaber dem Hause Friede gewirkt, und der Kauf bestätiget, also, daß wer etwas darein zu sagen hat, solches innerhalb Jahr und Tag mit Recht thun

---

mäßheit der geschehenen Verlassung im Stadtpfandbuche auf den Namen des Käufers geschrieben."

muß, darauf auch der Käufer den Besitz des Hauses erlanget und die alten Haußbriefe getilget und neue aufgerichtet werden.

Würde aber dieses nicht gehalten, und das Verkaufte entweder gar nicht, oder aber an anderen Orten, als zum Exempel vor Notarien, oder auch unter des Verkäufers oder der Unterhändler und Zeugen, Pittschaften aufgelassen, so soll dasselbe hinführo keine Kraft haben, auch zu Recht darauf nicht erkannt werden." [1])

Diese Bestimmung bedarf, da sie jedenfalls, so weit als sie hier in Betracht kommt, völlig klar ist, keiner weiteren Auslegung.

II. Für die Stadt Uelzen gilt das unter I. Gesagte gleichmäßig, da hier bekanntlich das Lüneburg'sche Stadtrecht recipirt worden ist.[2])

III. Ferner gilt für stadtpflichtiges Gut der Stadt Celle das deutsche Recht der gerichtlichen Auflassung nach dem Celleschen Stadtrechte Titel IX. §. 6.

„Wann ein stadtpflichtig Gut verkaufet, verpfändet oder zinshaftig gemacht wird, das soll vor Gerichte dem Käufer aufgelassen und in das Rathsbuch geschrieben werden, bei Vernichtung des Contracts. [3])

Nach den Angaben von Hagemann und den von ihm angeführten Belegstellen geschieht die gerichtliche Auflassung hier in der Form, daß der Verkäufer erklärt, er habe das bürgerliche Gut sammt Zubehör, Rechten und Gerechtigkeiten zum völligen Erb- und Eigenthum käuflich dem Anderen überlassen und wolle sich daran aller weiteren Ansprüche begeben haben, welche Erklärung der Käufer acceptirt; daß zur Bestätigung dessen der Verkäufer dem Bürgermeister oder deputato einen Handstreich leistet, und letzterer mittelst eines Handstreichs das Gut übergiebt. Hiernach wird das über diese Handlung aufgenommene Protokoll dem Käufer abschriftlich mitgetheilt, der Kauf gerichtlich bestätigt und das Protokoll wörtlich zur Urkunde in das Stadtbuch eingetragen. [4])

---

[1]) Pufendorf. Observationes. Appendix Tom. IV. S. 659 flgde.

[2]) Grefe Leitfaden zum Studium des Hannoverschen Privatrechts. Bd. I. S. 59. (der 2. Aufl.)

[3]) Hagemann Cellesches Stadtrecht. S. 80 und 97.

[4]) Welche Bedeutung es habe, wenn es in der angezogenen Stelle des Stadtrechtes heißt: „bei Vernichtung des Contracts" will ich an diesem Orte nicht näher erörtern, sondern dieserhalb auf den §. 31 Note 3 verweisen.

Es wird nicht erforderlich sein, mit Rücksicht auf die Städte Lüneburg, Uelzen und Celle näher zu erörtern, wie dieses im §. 13 geschehen ist, in wie weit das Recht der Auflassung einerseits und die Vorschrift unserer Verordnungen andererseits die das Grundeigenthum jener Städte betreffenden Rechtsverhältnisse beherrsche, da sich dieses ohne Weiteres ergiebt, wenn man nur die im Allgemeinen entwickelten und im §. 13 angewandten Principien festhält.

§. 15.

II. Constitution von Pfandrechten.

In neuerer Zeit ist man darüber vollkommen einverstanden, daß Pfandrechte, mögen sie nun mit Besitz verbunden sein, oder nicht, am städtischen Grundeigenthume ohne vorherige Anmeldung bei der städtischen Obrigkeit nach der Vorschrift unserer Constitutionen nicht bestellt werden können. Man konnte daran zweifeln, wenn man die Worte der beiden ersten Verordnungen nach dem, vom Gesetzgeber hervorgehobenen Gesichtspuncte, Rücksicht auf städtische Catastra und Abgaben, beschränkend interpretirte, indem diese Rücksicht nur bei denjenigen Pfandrechtsinstituten Platz greift, welche mit dem Besitze am verpfändeten Grundstücke verbunden sind, wie z. B. bei der Antichrese, dem Kaufe auf Wiederkauf und dem Pfandschaftsbesitze.

Daß man diesen Zweifel in sich aufgenommen und danach die Vorschrift unserer Constitutionen interpretirt habe, sagt der Gesetzgeber in der Constitution vom Jahre 1739 ausdrücklich, indem er diese beschränkte Auslegung mißbilligt und daneben erklärt, es beziele die Vorschrift der Verordnungen außer der Wahrung des öffentlichen Interesses zugleich die Erhaltung guten Credits. Hiernach muß denn aller Zeifel darüber schwinden, ob eine jede Verpfändung eines stadtpflichtigen Grundstücks in ihrer Gültigkeit an die vom Gesetzgeber geforderte Anmeldung gebunden sei.

Von großer Wichtigkeit, jedoch nicht so ganz einfach zu beantworten, wird hier nun aber die Frage, wie sich die Vorschrift unserer Verordnungen, insoweit sie die Bestellung von Pfandrechten betrifft, zu den Grundsätzen stelle, welche über die Errichtung von Pfandrechten einerseits nach deutschem, andererseits nach römischem Rechte gelten. Mit andern Worten kann die Frage auch so gefaßt werden: wie griff die Vorschrift unserer Verordnungen, so weit sie

sich auf die Constitution von Pfandrechten bezieht, in den bestehenden Rechtszustand ein?

Das germanische Recht erreichte den Zweck unseres Gesetzgebers, Oeffentlichkeit aller rechtlichen vertragsmäßigen Verhältnisse, welche das Grundeigenthum unmittelbar afficiren, wie überhaupt, so auch in Betreff der Errichtung vertragsmäßiger Pfandrechte in vollkommener Maße durch das Institut der gerichtlichen Auflassung. Nur diese gerichtliche Auflassung konnte auf vertragsmäßigem Wege die Gewere am Grundeigenthum übertragen, und die Gewere bildete die Grundlage des deutschen Sachenrechts. Deshalb setzen alle pfandrechtlichen Institute des germanischen Rechts, die Satzung mit oder ohne Besitz, zum Erwerbe des Pfandrechts, die Auflassung voraus.

Im Laufe der Zeit verschwanden die älteren pfandrechtlichen Institute und die Auflassung veränderte hier, wie in der Lehre von der Eigenthumsübertragung, ihre Formen. Hier wie dort trat an die Stelle älterer Formen die Bestätigung der Verträge und die Inscription in öffentliche Bücher, wodurch das innere Wesen der Auflassung jedoch nicht geändert wurde. Auf diese Weise entwickelte sich auf der Basis des Instituts der gerichtlichen Auflassung in treuer Fortbildung germanischer Rechtsideen das alte Ingrossationssystem der Hypotheken, welches noch jetzt in Deutschland, wenn gleich nicht als gemeines Recht, so doch in einem sehr weiten Umfange gilt.

Berücksichtigt man nun die verschiedenen Particulargesetze, in denen das Ingrossationssystem gilt, und hält man daran fest, daß dieses auf dem Principe der Auflassung beruht, so lassen sich für dasselbe folgende charakteristische Sätze aufstellen:

1) Die Pfandbestellung muß vor besetzter Gerichtsbank geschehen, in den Städten „vor sitzendem Rathe, in offener Audienz," oder auch vor einzelnen Mitgliedern des Rathes, welche aber zu diesem Acte entweder in perpetuum oder für den einzelnen Fall committirt sein müssen.

2) Vor der besetzten Gerichtsbank oder dem sitzenden Rathe müssen beide Theile, sowohl der Gläubiger als der Schuldner erscheinen [1]). Dieses folgt nicht nur daraus, daß die Auflassung ihrem Wesen nach ein zweiseitiges Geschäft ist, sondern auch aus den all-

[1]) Mevii Decisiones T. I. Pars VIII. Dec. 125. n. 2. — Harprecht. Dissert. T. I. Disput. 27. §. 13. — Maurenbrecher deutsches Privatrecht Bd. I. §. 307. —

gemeinen Regeln über den Erwerb von Rechten auf den Grund eines Vertrages.[2]) Uebrigens ist es gewiß nicht zu bezweifeln, daß sowohl der Gläubiger als der Schuldner bei diesem Geschäfte durch dritte Personen vertreten werden kann.

3) Auf die vom Gläubiger acceptirte Erklärung des Schuldners, eine Hypothek bestellen zu wollen, meistentheils mit der Bitte um Confirmation verbunden, folgt eine causae cognitio, welche insbesondere auf die Gültigkeit der Forderung, die Dispositionsbefugniß des Gläubigers über das zu verhypothecirende Grundstück, zuweilen auch auf die Zulänglichkeit der bestellten Hypothek gerichtet ist. Das Geschäft wird durch ein Decret beendet, welches die erbetene Confirmation ertheilt, und die Eintragung der bestellten Hypothek in die Grundbücher anordnet.

---

[2]) Wenn jeder Vertrag die Uebereinstimmung mehrerer Willen nothwendig voraussetzt, so ergiebt sich selbstredend, daß die vertragsmäßige Bestellung von Pfandrechten ein zweiseitiges Geschäft sein müsse. — Wenn dagegen mehrere Schriftsteller um eine einseitige Bestellung von Pfandrechten von Seiten des Schuldners zu rechtfertigen, zu der Annahme greifen, der Schuldner handele bei der Bestellung als Mandatar, oder negotiorum gestor des Gläubigers, so muß ich gestehen, daß der Gedanke an eine solche Repräsentation, wonach derjenige, welcher Rechte aufgiebt mit dem, welcher Rechte erwirbt, in eine Person zusammenfällt, mir als ein juristisches Räthsel erscheint, ja als ein juristisches Unding, wenn ich die Grundidee, welche der Lehre von der Repräsentation in Vertragsverhältnissen zu Grunde lag und auch im neuesten Rechte, wenn gleich sehr modificirt, doch nicht ganz verschwunden ist, ins Auge fasse.

Auch damit, daß andere Schriftsteller annehmen, durch die in der Annahme der ihm zugefertigten Pfandverschreibung von Seiten des Gläubigers liegende Genehmhaltung werde der Vertrag perfect, scheint mir aus dem einfachen Grunde nichts gewonnen zu sein, weil die richterliche causae cognitio, welche auf die einseitige Handlung erfolgt, vor Allem doch wohl darauf zu richten ist, ob ein Vertrag überhaupt vorliegt, und wenn dieses nicht der Fall ist, eine Confirmation eben so wenig, als eine Eintragung in die Hypothekenbücher erfolgen kann.

Eine einseitige Handlung kann nur insofern von Effect sein, als bereits eine rechtsgültige Pfandbestellung vorliegt, welcher durch jene Handlung nur eine erhöhete Bedeutung ertheilt werden soll.

Vergleiche auch die Ausführung im §. 24.

4) Das Ingrossationssystem kann man in ein strengeres und milderes eintheilen, je nachdem nach den einzelnen Particularrechten die nicht ingrossirten Hypotheken überall keine dingliche Wirksamkeit äußern, oder nur den ingrossirten Hypotheken nachstehen. Dort erscheint die Ingrossation wesentlich, hier nur nützlich.

Es steht nichts entgegen, die auf die angebene Art und Weise entstehende Hypothek, weil sie im Gerichte bestellt wird, eine gerichtliche, und aus demselben Grunde eine öffentliche des deutschen Rechts zu nennen, oder dafür auch die Ausdrücke pignus publicum oder iudiciale, hypotheca publica oder iudicialis zu gebrauchen, wenn man sich nur hüthet, hiermit ähnliche Ausdrücke, welche die Doctrin aus dem römischen Rechte ableitet zu verwechseln. [3])

Die deutsche Rechtsidee der Oeffentlichkeit in Betreff des Grundeigenthums und der dasselbe unmittelbar berührenden Rechtsinstitute kannte das römische Recht überall nicht, da nach den Grundsätzen desselben die bloße außergerichtliche Vereinbarung wie die übrigen dinglichen Rechte so auch Pfandrechte überträgt. Eine Publicität, wie diese das deutsche Recht kannte, vermag auch auf keine Weise aus den Bestimmungen der L. 11. C. qui potiores in pignore (8. 18.) hergeleitet zu werden, selbst wenn man der Ansicht ist, daß jene Constitution nicht bloß eine Anwendung der Regeln über Urkundenbeweis enthalte. Die Publicität des deutschen Rechts führte dahin, daß es stets feststand, wie stark ein bestimmtes Grundstück durch Hypotheken beschwert sei; dieses setzt aber nothwendig voraus, daß das Pfandrecht, wenn auch nicht gerade bei der Behörde der belegenen Sache, so doch bei einer bestimmten Behörde, welche das jus actorum hat und zu denselben den Zugang gestattet, errichtet oder doch wenigstens angezeigt werde, während nach der angezogenen Constitution des Kaisers Leo die Hypothek das angebliche Vorrecht schon erlangt, wenn nur die Urkunde, in welcher das Pfandrecht bestellt

---

[3]) Beweisstellen siehe bei Kraut Grundriß §§. 139 und 140. — Außerdem Albrecht Gewere §. 16 und 17. — Schwederi Disp. de auctoritate publica ad pignoris sive hypothecae constitutionem necessaria in dessen Disput. T. II. 33. — Harprechti Disp. de pignore publico in dessen Dissert. T. I. D. 27. — Eichhorn Einleitung §§. 188 und 189. — Mittermaier Grundsätze. Abth. I. §§. 260 und 261. — Maurenbrecher Lehrbuch. Bd. I. §§. 301. 302. u. 307.

wird, vor irgend einer Behörde, welche das Recht der öffentlichen Beglaubigung hat, aufgenommen, oder von irgend drei beliebigen rechtschaffenen Männern unterschrieben wird. Letzteres mag angemessen erscheinen, wenn es sich darum handelt, Betrügereien, welche durch ein Antedatiren herbeigeführt werden können, vorzubeugen, nicht aber um die Publicität des deutschen Rechts hervorzurufen. [4])

Das Pfandsystem des römischen Rechts drang in Deutschland nicht ein, ohne daß es einen schweren Kampf zu bestehen gehabt hätte, da es sich hier um tief eingewurzelte Nationalansichten handelte. Aus dem Kampfe trat es jedoch als Sieger hervor; der charakteristische Grundzug des altdeutschen Sachenrechts, Oeffentlichkeit in Betreff des Grundeigenthums wurde verflüchtigt und die Auflassung gesprengt. Damit war den deutschen Pfandsystemen ihre Basis entzogen, sie wurden als gemeines Recht verdrängt und lebten nur in einzelnen Land- und Stadtrechten, oder auch in einzelnen Gerichten als altdeutsches Gewohnheitsrecht fort.

Wo das römische Pfandrecht in seinem ganzen Umfange eindrang, war es um den guten Credit so gut wie ganz geschehen; aber auch da, wo deutschrechtliche Grundsätze particularrechtlich fortlebten, wurde der Credit gebrochen, weil mit dem römischen Rechte eine große Reihe, dem deutschen Rechte unbekannter, gesetzlicher und privilegirter Hypotheken eindrang, denen das deutsche, nur auf vertragsmäßige Hypotheken sich beziehende, Pfandsystem keinen Damm entgegen zu setzen vermochte.

Zu der Zeit, aus welcher unsere Constitutionen sich herschreiben, war der Sieg des römischen Rechts längst vollendet. In den Ländern, wofür sie erlassen wurden, galt, wie überhaupt in Deutschland, als gemeines Recht das römische Pfandsystem und nur an einzelnen wenigen Orten lebten die deutschrechtlichen Grundsätze entweder in Stadtrechten aufgezeichnet, oder als deutschrechtliche Gewohnheit fort. Der Gesetzgeber erblickte im Ganzen einen rechtlichen Zustand, welcher allen guten Credit zerstört hatte. Diesen Zustand wollte er abändern, weil es ihm um Erhaltung guten Credits zu thun war. Er griff zu diesem Zwecke mit einer sehr schneidenden

---

[4]) Ueber die Publicität des römischen Pfandrechts nach den Bestimmungen der L. 11. C. qui potiores in pignore siehe die II. Abhandlung dieser Schrift.

Waffe ein, indem er bestimmte, jedes vertragsmäßige Pfandrecht bedürfe, um überhaupt gültig zu sein, insofern es stadtpflichtiges Grundeigenthum betreffe, der Anmeldung bei der städtischen Obrigkeit.

Zu den Bestimmungen des deutschen Ingrossationsprincips stellt sich die Vorschrift unserer Verordnungen auf folgende Art:

1) nach den ersteren muß das Pfandrecht vor sitzendem Rathe oder einer zu diesem Zwecke besonders abgeordneten Deputation des Rathes bestellt werden. Von dieser sehr charakteristischen Form des deutschen Rechts kann nach unseren Constitutionen keine Rede sein.

2) Hier wie dort gilt aber der Grundsatz, daß beide Contrahenten, sowohl der Gläubiger als der Schuldner, vor der städtischen Obrigkeit erscheinen müssen. Aus dem Begriffe der Anmeldung selbst ergiebt sich freilich nicht, daß diese ein zweiseitiges Geschäft sei, wohl aber folgt dieses als Resultat, wenn man mit den allgemeinen Grundsätzen über vertragsmäßige Einigung andere Bestimmungen unserer Verordnungen in Verbindung setzt. [5])

3) Von einer causae cognitio der städtischen Obrigkeit, einer confirmatio des Pfandvertrages, einem Decrete, welches die Ingrossation in die Grundbücher anordnet — welches Alles für das deutsche Ingrossationssystem charakteristisch ist — wissen unsere Constitutionen nichts. Nur eine Registrirung der Pfandcontracte zu den Acten ex officio ist geboten und mußte geboten werden, wenn der Zweck des Gesetzgebers, „Erhaltung guten Credits", erreicht werden sollte. [6])

4) Darin kommt die Vorschrift unserer Verordnungen mit dem obengedachten strengeren Ingrossationssysteme überein, daß sie den nicht angemeldeten Hypotheken jede dingliche Wirksamkeit absprechen, indem sie jeden Pfandgläubiger, dessen Pfandrecht nicht angemeldet wurde, ausdrücklich unter die chirographarischen Gläubiger verweisen.

Hieraus ergiebt sich nun ohne Weiteres, daß unsere Verordnungen nicht das deutsche Ingrossationssystem enthalten, sondern eine wenn gleich sehr starke Modification des, als gemeines Recht geltenden römischen Pfandsystems. Der Gesetzgeber schob in das letztere das jenes Ingrossationssystem beherrschende materielle Princip ein, welches bis auf die neuesten Zeiten herab nie in Deutschland verges-

---

[5]) Vergl. hierüber §§. 24. 28 und flgde.

[6]) Vergl. hierüber §. 27. — Nur in der Lüneburg'schen Verordnung von 1736 ist von einer Confirmation die Rede.

sen, vielmehr als ein für die Erhaltung guten Credits sehr bedeutungsvolles mehrfach wieder belebt worden ist.

§. 16.

II. Fortsetzung. — Deutschrechtliche Grundsätze in der Altstadt Hannover.

Es läßt sich schon von vorn herein erwarten, daß in denjenigen Städten, für welche nach den §. 13 und 14 behuf Eigenthumsübertragung die gerichtliche Auflassung gilt, auch die deutschrechtlichen Grundsätze über Bestellung von Pfandrechten sich erhalten haben. So ist es denn auch der That nach. In dieser Beziehung muß nun nach Anleitung früherer Betrachtungen angenommen werden, daß, so weit jene deutschrechtlichen Grundsätze fortleben, die Vorschrift unserer Verordnungen keine Anwendung leide. [1])

Dieser Umstand hat nun zuvörderst, wie wohl so leicht Niemand zu leugnen geneigt sein wird, zur nothwendigen Folge, daß jene deutschrechtlichen Grundsätze nicht für aufgehoben anzunehmen sind, so daß also, da die Bestellung von Pfandrechten nach der Ausführung im vorigen Paragraphen durch dieselben strenger bedingt ist, als durch die Vorschrift unserer Verordnungen, die Beachtung der letzteren zum wirksamen Entstehen von Pfandrechten nicht genügt. Aber auch hiervon abgesehen hat jener Umstand, wie spätere Betrachtungen ergeben werden, [2]) seine wohlbegründete Bedeutung, wenn auch nicht zu leugnen ist, daß das Verhältniß, in dem die gerichtliche Auflassung zu der Vorschrift unserer Verordnungen steht, so bald es sich um Eigenthumsübertragung handelt, möglicherweise praktisch wichtiger erscheinen könne, insofern nämlich hier bei der Frage, ob der die Eigenthumsübertragung vorbereitende Vertrag vor erfolgter Anmeldung klagbar sei, die Vorschrift unserer Verordnungen als neben den Grundsätzen der Auflassung stehend und von denselben unabhängig gedacht werden kann. [3])

Daß die deutschrechtlichen Grundsätze über Bestellung von Pfandrechten in der Altstadt Hannover sich forterhalten haben, kann einem

---

[1]) Vergl. §. 9.

[2]) Vergl. insbesondere den §. 26.

[3]) Vergl. §§. 9 und 28 flgde.

Zweifel gar nicht unterliegen. Insbesondere läßt sich die Eintragung der Hypotheken in die öffentlichen Bücher der Stadt, welche bereits in Statuten aus den ersten Jahren des vierzehnten Jahrhunderts sich erwähnt findet, vom Jahre 1428 bis auf die neueste Zeiten herab ununterbrochen verfolgen. [4])

Von besonderem Interesse sind hier aber folgende Gerichtsordnungen, welche ich um so mehr mittheilen zu müssen glaube, als sie so ziemlich ganz unbekannt geworden zu sein scheinen:

I.

Actum Hannover in Curia den 4. April 1744.

„Wurde resolviret, daß die Anmeldungen derer constituirten Hypothequen, welche nach denen Verordnungen vom 6. Octbr. 1712, 13. Jan. 1733, und 17. Aug. 1739 geschehen sollen, entweder in pleno zu thun, oder coram commissione perpetua, so auf mich, den Syndicum Bacmeister und Senatorem Knop, erkannt, geschehen sollen.

In fidem
G. A. Bacmeister.
Syndic.“

II.

„Nachdem sowol vorhin unter dem 4. April 1744, als 15. Septbr. 1750 [5]) zu Rathhauß hieselbst verordnet, daß wenn

---

[4]) Aeltere Bücher sind durch Brandunglück verloren gegangen. — Schon das Stadtpfandbuch, welches mit dem Jahre 1428 beginnt, trägt den Charakter eines Hypothekenbuches mit Realfolien an sich. In demselben finden sich nach den vier Hauptstraßen (Platea orientalis, forensis, cobelingensis, laginensis) die einzelnen Stadthäuser verzeichnet und zwar so, daß der Name desjenigen, welcher zur Zeit der Anlegung des Buches Eigenthümer eines Hauses war, so gestellt ist, daß oberhalb und unterhalb desselben ein freier Raum bleibt. Bei erfolgenden Eigenthumsveräußerungen ist nun der jedesmalige neue Eigenthümer über den früheren geschrieben, der Name des letzteren aber ausgestrichen, während die auf dem Hause haftenden Forderungen in dem untern Raume eingetragen, und im Falle, daß sie getilgt sind, durchstrichen erscheinen. Bereits in dem in der Mitte des folgenden Jahrhunderts angelegten Buche ist diese unbequeme Einrichtung aufgegeben und findet sich in demselben eine besondere Rubrik für die Verzeichnung des neuen Eigenthümers.

[5]) Die Gerichtsordnung vom 15. September 1750 habe ich nicht auffinden können.

eine gerichtliche Hypothec zu bestellen, oder zur ordnungsmäßigen Ingrossation anzuzeigen, die Constitutiones hypothecarum, und Anmeldungen zur Ingrossation, regulariter auf denen ordentlichen Gerichts-Tagen, oder wenn es keinen Verzug leidet, vor der in pleno Senatu ausgemachten Special-Deputation geschehen, jedoch daß sodann, der ergangenen Verordnung gemäß, das vor der Special-Deputation über die constituirte Hypothec und gethane Anzeige (welche von beyden Theilen entweder in Person oder durch Special-Bevollmächtigte zu thun) gehaltene Protocoll den nächsten Gerichtstag vorgelegt, und darüber, daß die Ingrossation ins Stadt-Pfande-Buch geschehen möge, die Raths-Resolution ausgebracht werden solle; So hat sich männiglich darnach zu achten, und dero Behuef bey ordinairer Raths-Session durch die Gerichtsschreiber anmelden zu lassen, außer denen ordinairen Gerichts-Tagen, dero Behuef Vormittags zwischen 11 und 12 Uhr, vor beyden Raths-Deputirten Syndico Bacmeister und Secretario Brückmann zu melden. Signatum Hannover, den 19. Januarii 1752.

(L. S.)
Affigirt Hannover
d. 20. Jan. 1752.

Bürgermeistere und Rath
hieselbst.

III.

„Nachdem sowol vorhin unter dem 4. April, als 15. September 1750, auch 19. Januar 1752, zu Rathhause verordnet, daß, wenn eine gerichtliche Hypothec zu bestellen, oder zur ordnungsmäßigen Ingrossation anzuzeigen, die Constitutiones hypothecarum, oder Anmeldung zur Ingrossation regulariter an denen ordentlichen Gerichts-Tagen, oder wenn es keinen Verzug leidet, vor der in pleno Senatu ausgemachten Special-Deputation geschehen, jedoch daß sodann, der ergangenen Verordnung gemäß, das vor der Special-Deputation über die constituirte Hypothec oder gethane Anzeige, (welche von den Partheien entweder in Person, oder durch Special-Bevollmächtigte zu thun) gehaltene Protocoll den nächsten Gerichtstag vorgeleget, und darüber, daß die Ingrossation ins Stadt-Pfandebuch geschehen möge, die Raths-Resolution, welche im Stadt-Ingrossationsbuche, und bey der sofort vorzunehmenden Ingrossation

mit anzuziehen, ausgebracht, dabey aber bey dem denen Partheien auszugebenden Documento, es werde dasselbe auf den Contract, oder besonders, nach der Contrahenten Belieben ertheilet, das Protocollum indicationis, oder auch der ad acta constituirten Hypothec, wie es im Stadt=Ingrossations=Buche verzeichnet, mit angeführet werden solle; So hat sich männiglich darnach zu achten und dero Behuf bei ordinairer Raths=Session durch die Gericht=Schreibere sich anmelden zu lassen, ausser denen ordinairen Gerichts=Tagen aber dero Behuf, Vormittags zwischen 11 und 12 Uhr, vor der angeordneten Raths=Deputation, welche die Gericht=Schreibere denen Partheyen anzuzeigen, sich zu melden. Signatum Hannover, den 13. Februarii 1765.

(L. S.) Bürgermeistere und Rath hieselbst.

Der Zweck der angezogenen Gerichtsordnungen geht offensichtlich dahin, das Verhältniß, in welches unsere Verordnungen zu den kraft Gewohnheitsrechts in der Altstadt Hannover fortlebenden deutschrechtlichen Grundsätzen über Bestellung von Pfandrechten treten, näher zu bestimmen. Dieses brauchte gar nicht zu geschehen, weil es sich ohne Weiteres ergab; sollte es aber aus naheliegenden Gründen geschehen, so konnte es nicht richtiger, als auf die angegebene Art und Weise ausgeführt werden, indem jene deutschrechtlichen Grundsätze auf unsere Verordnungen übertragen wurden. Daß Letzteres geschehen sei, darf nicht bezweifelt werden; die Gerichtsordnungen wollen, daß die Anmeldung vor dem Rathe oder der von demselben angeordneten Specialdeputation, von beiden Contrahenten entweder in Person oder durch Specialbevollmächtigte vorgenommen werde, und daß die Ingrossation in die öffentlichen Bücher nach denselben Grundsätzen geschehe, welche nach den Ingrossationsprincipe gelten. Von einer Confirmation der angemeldeten Hypotheken sprechen die Gerichtsordnungen nicht ausdrücklich, allein daß dieselbe stets vorgenommen sei, ergeben die Hausacten.

Während die Gerichtsordnung vom 20. Februar 1765 (§. 13) die Vorschrift unserer Verordnungen auf eine ganz unrichtige Weise auffaßte und berücksichtigte, erscheint hier die Verschmelzung als eine rein organische. Die Anmeldung ist hiernach mit der gerichtlichen Bestellung der Hypotheken nach den deutschrechtlichen Grundsätzen

identisch, und unterscheidet sich von den letzteren in keinem Puncte. Dieserhalb muß es denn sehr auffallen, wie der verstorbene Rath Meißner, ein Mann von großem praktischen Tacte, mit besonderer Rücksicht auf die Altstadt Hannover behaupten mochte: „Hypotheken, welche auf bürgerliche Grundstücke außergerichtlich bestellt, und alsdann nur dem Gerichte angemeldet werden, haben nicht den Vorzug der gerichtlich bestellten. Sie werden zwar ingrossirt, allein mit der beigefügten Bemerkung, daß sie — wenn sie coram Notario et duobus testibus bestellt werden — als quasi publicae, und wenn sie privatim constituirt worden, als privatae im Stadt-Pfandbuche eingetragen worden." [6]) — Es ist ja für den Begriff der gerichtlich bestellten Hypothek offenbar einerlei, ob die vor Gericht erscheinenden Contrahenten ihre vertragsmäßige Einigung in ihrem ganzen Umfange mündlich zu Protokoll geben, oder ob sie sich auf ein überreichtes Document dieserhalb beziehen, dessen Inhalt sie überdies noch meistentheils nach geschehener Vorlesung genehmigen werden. Außerdem tritt noch hinzu, daß, wie die spätere Ausführung ergeben wird, die außergerichtliche Pfandbestellung, mag sie nun vor Notar und Zeugen oder privatim geschehen sein, nach der Vorschrift unserer Verordnungen erst in Folge der Anmeldung zur Perfection gelangt, so daß also von einer außergerichtlich bestellten Hypothek, streng genommen, gar nicht geredet werden kann [7]). Wie die Hypothekenbücher der Altstadt Hannover ausweisen, finden sich allerdings aus älteren Zeiten Fälle, in denen außergerichtlich bestellte und angemeldete Hypotheken mit dem Zusatze „quasi publicae" und „privatae" eingetragen sind, allein diese Fälle sind so selten, daß sie ganz unbeachtet gelassen werden dürfen.

Da übrigens die mitgetheilten Gerichtsordnungen ausdrücklich nur von der Bestellung und Anmeldung gerichtlicher Hypotheken reden, so unterliegt es keinem Bedenken, daß, insofern neben jener gerichtlichen — deutschrechtlichen — Hypothek die Privathypothek des römischen Rechts, jener nur an Wirksamkeit nachstehend, in der Altstadt Hannover anerkannt wurde, was allerdings angenommen werden darf, diese sich wirksam erweiset, wenn die reine Vorschrift unserer Verordnungen beobachtet ist. Daß diese beobachtet

---

6) Meißner Beiträge. II. S. 28.

7) Vergl. §. 28. flgde.

werden müsse, folgt daraus, daß unser Gesetzgeber überall keine Hypothek anerkennt, welche nicht zur Kunde der städtischen Obrigkeit gelangt. Eine solche Privathypothek ist dann aber überhaupt nicht zu ingrossiren, es muß vielmehr die bloße Registrirung derselben zu den Hausacten genügen.

Auch hier ist es von Wichtigkeit, sich die Frage zu beantworten, wie das ganze Rechtsverhältniß sich gestalte, wenn es sich um Verhypothecirung des Grundeigenthums der Altstadt Hannover handelt. Faßt man nur die mitgetheilten Gerichtsordnungen und die Disposition unserer Verordnungen ins Auge, indem man von etwaigen Modificationen, welche durch Aenderung in der Organisation der städtischen Obrigkeit oder in Folge der neuesten Hypothekenverordnung aus dem Jahre 1828 herbeigeführt sein mögen, [8]) abstrahirt, — und dieses muß geschehen, weil man in so schwierigen Verhältnissen nur Schritt vor Schritt vorwärts gehen darf, und die Vorschriften verschiedener concurrirenden Verordnungen gar nicht streng genug auseinander halten kann, — so ergeben sich durch Combination der angestellten Untersuchungen folgende Sätze:

1) Für Grundeigenthum, welches der städtischen Jurisdiction unterworfen ist, gleichviel ob dasselbe städtische Lasten trägt, oder von diesen frei ist, gilt die deutschrechtliche Hypothek nach den, in den Gerichtsordnungen ausgesprochenen Grundsätzen des deutschen Rechts, und neben derselben, ihr nur an Wirksamkeit nachstehend, die römischrechtliche Hypothek und zwar für den Fall, daß das Grundeigenthum Lasten trägt nach den, durch unsere Verordnungen modificirten Bestimmungen des römischen Rechts. Dort ist die Ingrossation wesentlich und nothwendig, hier nicht.

2) Steht Grundeigenthum in Frage, welches der städtischen Jurisdiction nicht unterworfen, wohl aber mit städtischen Abgaben belastet ist, so kann nur an eine, und zwar die römischrechtliche Hypothek gedacht werden, für welche die, durch die Vorschrift unse-

---

[8]) Ueber den Einfluß, welchen diese neueste Hypothekenverordnung überhaupt, sowohl auf die deutschrechtlichen Grundsätze, als auf unsere Verordnungen äußert, handelt die Abhandlung III. dieser Schrift.

rer Verordnungen modificirten, Grundsätze des römischen Rechts als Norm gelten.

3) Die römischrechtliche Hypothek allein und zwar nach den Grundsätzen des rein römischen Rechts gilt dagegen für Grundeigenthum, welches weder der städtischen Jurisdiction noch städtischen Abgaben unterworfen ist.

Was zuletzt die Neustadt Hannover betrifft, so gelten hier, da deutschrechtliche Grundsätze sich nicht forterhalten haben, wie in der Altstadt, aus denselben Gründen, welche früher im §. 13 ausgeführt wurden, die obigen Bestimmungen unter 2 und 3, je nachdem auf einem einzelnen bestimmten Grundstücke städtische Abgaben lasten, oder nicht. Hiernach ist, um nur dieses hervorzuheben, die Ingrossation nicht wesentlich, und die römischrechtliche Hypothek hat hier, obwohl sie denselben Charakter an sich trägt, wie die in der Altstadt Hannover der deutschrechtlichen nachstehende Hypothek, dieselbe Kraft und Bedeutung, als jene deutschrechtliche Hypothek.

§. 17.

II. Fortsetzung. — Deutschrechtliche Grundsätze in den Städten Lüneburg, Uelzen und Celle.

I. In den Städten Lüneburg und Uelzen gilt nach den Lüneburg'schen Stadtrechte Theil II. Titel XVII. folgende Bestimmung über die Verpfändung unbeweglicher Güter:

„Ferner trägt es sich oftmals zu, daß dem Gläubiger von dem Schuldner seine unbeweglichen Güter, gantz oder eines Theils zum Unterpfand verschrieben, und eingesetzt, aber doch nicht wirklich überliefert, oder eingeantwortet, sondern in seinem des Schuldners Gebrauch und Besitz behalten werden.

Ob nun wohl nach gemeinen Kayserlichen Rechten ein jeder seine Güter ohne gerichtliche Einwilligung kräftiglich verunterpfänden kann, so hat doch das Sächsische Recht, dessen wir uns allhie gebrauchen, aus vernünftigen Ursachen, und damit nicht ein Gut vielen versetzt, und die Leute betrogen werden, durch einen langwährigen Gebrauch ein anderes eingeführet, nemlich, daß alle Verpfändungen der unbeweglichen oder

liegenden Güter, die seyn insonderheit oder ingemein auf dieselbige Güter gerichtet, vor der Obrigkeit, darunter sie gelegen, geschehen sollen.

Diese Meinung lassen wir uns so weit gefallen, daß solche vor Gericht und Recht oder sonsten vor unserm Contract-Buch geschehene Verpfändung, die Kraft und Wirckung eines offenbaren Unterpfands haben, und allen andern vor der Obrigkeit nicht geschehenen Verpfändungen vorgehen soll, ungeachtet ob die andern, der Zeit halber, älter währen.

Jedoch wo jemand vor zweyen oder dreyen Zeugen, oder durch Ufrichtung eines Vertrages, der mit etlicher Unterhändler Pittschaften bekräftiget wäre, jemanden eine unterpfändliche Gerechtigkeit an und in seinen Gütern verschriebe, so soll der Gläubiger damit allen andern Pfennig-Schuldner vorgezogen werden" [1]).

Diese Bestimmung trägt denselben Charakter an sich, als die in der Altstadt Hannover geltenden Grundsätze über Pfandbestellung. Beide gehören zum milderen Ingrossationssysteme. Neben dem offenbaren Unterpfand, welches gerichtlich bestellt und ingrossirt werden muß, besteht die römischrechtliche Hypothek. Aber selbst auf diese übt hier die Vorschrift unserer Verordnungen aus dem besonderen Grunde keine Wirksamkeit, weil in der Verordnung über die verbesserte Einrichtung, Abänderung und Erklärung des Lüneburgischen Statuti vom 12. August 1778 §§. 7 und 8 der römischrechtlichen Hypothek ohne Rücksicht auf die Verordnungen Kraft und Bedeutung beigelegt worden ist [2]).

---

[1]) Pufendorf Observ. App. T. IV. — Vergleiche auch die Alte Kursächsische Proceß-Ordnung vom Jahre 1622 Titel 46, wo es heißt:

(§. 2.) „Unbewegliche Erb-Güter sollen — vor der Obrigkeit — darunter sie gelegen, verpfändet und daselbst insinuiret werden".

(§. 3.) „Da auch ein Gläubiger vor zweyen oder dreyen Zeugen, oder durch Aufrichtung eines Vertrags, so mit etzlicher Unterhändler, Siegel bekräfftiget, eine Verpfändung auf unbeweglich Gut erlanget hätte, soll er zwar — (den) Chirographariis, ihm (aber) die gerichtliche Verpfändungen — vorgehen."

[2]) Spangenberg Sammlung u. s. w. Bd. II. S. 692. — Eine gleichlautende Verordnung gilt für die Stadt Uelzen. Spangenberg a. a. O. S. 701. ff.

II. In dem Celle'schen Stadtrechte Titel IX. §. 6 heißt es:

„Wann ein stadtpflichtig Gut verkaufet, verpfändet oder zinßhaftig gemacht wird, das soll vor Gerichte dem Käufer aufgelassen und in das Rathsbuch geschrieben werden, bei Vernichtung des Contracts".

Nach dieser Vorschrift erscheint das deutsche Recht über Pfandbestellungen streng festgehalten. Ohne Ingrossation besteht überhaupt kein Pfandrecht am stadtpflichtigen Gute, und zählt somit das Celle'sche Stadtrecht in Betreff der angezogenen Bestimmung zu dem strengen Ingrossationssysteme. Hiernach bleibt denn der Vorschrift unserer Verordnungen neben jener nicht einmal die Anwendbarkeit, welche wir ihr, soweit neben der gerichtlichen eine Privathypothek besteht, an sich einräumen konnten.

Da dieses Alles ganz klar ist, so würde ich ein Mehreres nicht hinzusetzen, wenn nicht ein Versuch von Hagemann, die obige Bestimmung beschränkt auszulegen, mit wenig Worten berührt werden müßte. Hagemann behauptet nämlich, daß jene Bestimmung nur von solchen Verpfändungen verstanden werden könne, welche eine Besitzmutation mit sich führten, nicht von der bloßen Hypothekbestellung [3]). Die hierfür angeführten Gründe sind jedoch sehr schwach; denn der Umstand, daß Verpfändungen mit Besitz in Deutschland sehr häufig waren, rechtfertigt es nie, den allgemeinen Ausdrucke „verpfänden" auf diese Fälle zu beschränken, zumal da Verpfändungen ohne Besitzübertragung in Deutschland bereits vor dem Eindringen des römischen Rechts bekannt waren. Und wenn Hagemann ferner meint, die Auflassung setze ihrer Natur nach eine Veränderung des Besitzers voraus, so liegt hierin ein Verkennen des wahren Wesens der Auflassung, welches heut zu Tage einer besonderen Widerlegung nicht bedarf. Schon das Institut des Rentenkaufs, welches das Celle'sche Stadtrecht neben der Verpfändung unter dem „Zinßhaftigmachen" erwähnt, hätte Hagemann von der Unrichtigkeit dieser Ansicht überzeugen müssen. Es wird hiernach die Praxis, gegen welche Hagemann ankämpft, insoweit sie vertragsmäßige Pfandbestellungen, wenn sie nicht ingrossirt sind, überhaupt nicht anerkennt, auf volle Billigung Anspruch machen können.

---

[3]) Hagemann Celle'sches Stadtrecht. S. 92. ff.

§. 18.

III. Constitution der übrigen jura in re.

Wir haben in dem Obigen gesehen, daß Eigenthum und Pfandrechte an einem stadtpflichtigen Grundstücke ohne Anmeldung rechtsgültig nicht erworben werden können. Ich frage ferner, was in Betreff der übrigen dinglichen Rechte anzunehmen sei?

Es ist nicht meine Absicht an diesem Orte näher zu untersuchen, welchen einzelnen Rechten der Charakter der Dinglichkeit zuzusprechen sei. Diese Untersuchung bezieht sich auf eine Vorfrage, welche, da von ihrer Beantwortung die Hauptfrage nicht geradezu abhängig ist, auch hier nicht näher erörtert zu werden braucht. Wegen der nachfolgenden Untersuchung verdient jedoch hervorgehoben zu werden, daß man von den übrigen dinglichen Rechte diejenigen besonders hervorheben kann, welche einen eigenthumähnlichen Charakter an sich tragen (dominium utile). Zu diesen würden beispielsweise zu rechnen sein, die Emphyteusis, Superficies, Lehn und Erbenzins; zu jenen Servituten, Reallasten und Retractrecht, insofern man den beiden letzten Instituten überhaupt einen dinglichen Charakter beilegt.

Ich trage nicht das geringste Bedenken, die aufgeworfene Frage dahin zu beantworten, daß überall kein Recht, welches eine dingliche Natur an sich trägt, ohne vorherige Anmeldung bei der ordentlichen Stadtobrigkeit an einem stadtpflichtigen Grundstücke auf eine rechtsgültige Weise constituirt werden könne.

Schon die Verordnung vom Jahre 1712 verbietet die Transferirung eines jeden jus in re ohne vorherige Anmeldung. Daß man die wörtlich allgemein lautende Vorschrift im Leben in einem beschränkteren Sinne auffaßte, ergeben die späteren Verordnungen. Man konnte sich hierzu veranlaßt sehen, sobald man den Gedanken, welcher dem Gesetzgeber ganz offensichtlich so ganz im Vordergrunde lag, Rücksicht auf städtische Cataster und Lasten, als eigentliche ratio legis auffaßte. Ließ man diese ratio legis frei wirken, so ergab sich, daß die Anmeldung nur erforderlich sei, wenn die Alienation eine Besitzmutation mit sich führte, wie dieses bei den oben bemerkten eigenthumähnlichen Verhältnissen der Fall ist, nicht wenn es sich um Constituirung von Servituten oder Reallasten handelte.

Diese Auffassung mißbilligte der Gesetzgeber in der Verordnung

vom Jahre 1739 mit ausdrücklicher Bezugnahme auf die Constitution von Pfandrechten, und bestimmte daneben: „daß nach dem wörtlichen Inhalte der ersten Verordnung praecise und ohne Ausnahme gelebet werden solle“ [1]). Es würden sonach die bekannten Interpretationsregeln Platz greifen:

L. 1. §. 20. D. *de exercit. actione.* (14. 1.)

„In re dubia melius est, verbis edicti servire“.

L. 25. §. 1. D. *de legatis.* III. (32.)

„Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio“,

und der Interpret müßte, selbst wenn er den obigen Gedanken als alleinige ratio legis anzunehmen sich gedrungen fühlte, dennoch nach dem Wortsinne die Auslegung vorzunehmen haben, eingedenk der Worte des Neratius und Julianus in

L. 20. 21. D. *de legibus* (1. 3.)

„Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest. — Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur“.

Geht man von einer allgemeineren ratio legis aus, wie wir dieses selbst nach den Worten des Gesetzgebers thun müssen, so ist ein Widerspruch zwischen Worten und Gedanken überall nicht erfindlich. Wegen der Wichtigkeit, welche das Grundeigenthum hat, wollte der Gesetzgeber Oeffentlichkeit in Betreff desselben nach allen Seiten hin; er beabsichtigte durch die vorgeschriebene Anmeldung die rechtliche Lage desselben in seinem ganzen Umfange festzusetzen. Sowohl für den Käufer, als auch für den Gläubiger, welcher auf ein stadtpflichtiges Grundstück Geldsummen herleiht, ist es aber von großer Bedeutung zu wissen, ob dingliche Rechte, wie Servituten und Reallasten auf dem Grundstücke haften; denn diese verringern den Werth desselben, da sie ungeachtet der Veränderungen in der Person des zeitigen Besitzers nach wie vor mit gleicher Wirksamkeit fortdauern.

---

1) In der Verordnung von 1753 §. 4 wird geredet von der „Anmeldung, so von künftiger Veräußerung und Verhypothecirung — oder aus einem andern desgleichen Grunde geschehen muß —.“

Einen historischen Anlaß und Anhalt hatte hier der Gesetzgeber, wie bereits oben bemerkt wurde, an der deutschen Auflassung. Ohne Gewere war überhaupt keine dingliche Klage in Betreff des Grundeigenthums gedenkbar, die Gewere konnte aber, wenn es sich um einen vertragsmäßigen Erwerb handelte, nur durch Auflassung erworben werden. Deshalb waren auch alle jetzt in Frage stehenden dinglichen Rechte auf dem Wege des Vertrags nur durch Auflassung zu erlangen. — Die Auflassung verschwand im Laufe der Zeit, indem sie im Kampfe mit den römischen Grundsätzen über den Erwerb dinglicher Rechte unterlag, sie findet sich auch viel seltener bei den übrigen dinglichen Rechten noch erhalten [1]), als dieses beim Eigenthume und dem Pfandrechte der Fall ist.

Spuren des altdeutschen Grundsatzes haben sich im Gebiete, wofür unsere Verordnungen gelten, im Lüneburgischen [2]) und Celleschen [3]) Stadtrechte erhalten, wo für einzelne dingliche Rechte außer Eigenthum und Pfandrecht die Auflassung als Form des Erwerbs sich vorgeschrieben findet. In der Altstadt Hannover finden sie sich nicht.

Ich kenne keinen vaterländischen Schriftsteller, welcher die in diesem Paragraphen erörterte Frage berührte, auch ist wohl nicht zu leugnen, daß die Vorschrift unserer Verordnungen viel seltener beobachtet ist, wenn es sich um den Erwerb anderer dinglicher Rechte, außer Eigenthum und Pfandrecht handelte [4]).

---

1) Land- und Stadtrechte, wo Auflassung für den Erwerb dieser gilt, finden sich verzeichnet bei Kraut Grundriß §§. 133 und 146 (der 1sten Auflage), und Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte Bd. IV. §. 564.

2) Lüneburg'sches Stadtrecht. P. II. T. VI. bei Pufendorf T. IV. S. 664.

3) Cellisches Stadtrecht. T. IX. §. 6 bei Hagemann a. a. O. S. 80 und 96.

4) In Gemäßheit der obigen Ausführung erkannte das Stadtgericht zu Hannover, daß auch zum Erwerbe der übrigen dinglichen Rechte Anmeldung erforderlich sei, in Sachen Jördens c. Wolschendorff und Lorleberg c. Ehlers. Beide Rechtsstreitigkeiten wurden jedoch durch Vergleich beendet und kamen nicht zur Cognition der höheren Gerichte. In Sachen Seegers c. Raedeker wurde die als novum in der Instanz der Rechtsmittel vorgebrachte Behauptung,

§. 19.

IV. Muß das pactum reservati dominii angemeldet werden?

Ich würde die Untersuchung der Frage, welche dingliche Rechte zu ihrem rechtsgültigen Erwerbe eine Anmeldung bei der ordentlichen Stadtobrigkeit nach der Vorschrift unserer Verordnungen erfordern, schließen können, wenn nicht noch eine Frage übrig wäre, welche sich an das Obige am einfachsten anschließt und eine ebenso große Wichtigkeit als Schwierigkeit mit sich führt. Ich kann die Frage in der Kürze dahin fassen: muß das pactum reservati dominii, um wirksam zu sein, bei der ordentlichen Stadtobrigkeit angemeldet werden?

Es ist sehr selten, daß ein städtisches Grundstück verkauft wird, ohne daß die Contrahenten die Verabredung träfen, es solle ein Theil der Kaufsumme dem Käufer vom Verkäufer creditirt werden. Dieses Creditgeben und Creditnehmen liegt in den meisten Fällen im beiderseitigen Interesse der Contrahenten. Fast ohne Ausnahme geschieht dieses Creditgeben aber nicht, ohne daß der Verkäufer sich für die Forderung, mit welcher ihm der Käufer verhaftet bleibt, eine Sicherheit ausbedänge, welche durchaus gewöhnlich darin besteht, daß der Verabredung, wonach Credit bewilligt wird, das pactum reservati dominii hinzugefügt wird.

Um die aufgeworfene Frage mit irgend einer Gewißheit beantworten zu können, ist es unerläßlich, daß die rechtliche Natur des pacti reservati dominii feststehe. Hierüber herrschen nun aber die verschiedensten Ansichten, sowohl unter den älteren als den neueren Juristen, und wer nur irgend aufrichtig sein will, wird wohl zu dem Geständnisse sich gedrungen fühlen, daß die Acten über diesen Punct noch nicht zu schließen seien. Man wird die wissenschaftlichen Arbeiten, welche die neuere Zeit über das Wesen des pacti reservati dominii uns darbietet, im Allgemeinen als gründliche und

---

daß zum Erwerbe von Servituten an städtischen Grundstücken Anmeldung erforderlich sei, von der Königl. Justiz-Canzlei zu Hannover als unrichtig verworfen. In neuerer Zeit hat aber dasselbe Gericht in Sachen Heinemann c. Bram Herz in den Entscheidungsgründen ausgesprochen, daß alle dinglichen Rechte anzumelden seien. —

durchaus verdienstliche Bestrebungen ehren, aber doch nicht umhin können, sobald man auch nur einige Erfahrung in der Praxis und dem Leben hat, in Erstaunen und Verwunderung auszubrechen, wenn man bei Schriftstellern, deren Ansichten mehrfach entschiedene Billigung gefunden haben, die Behauptungen findet, der Käufer eines Grundstücks, worauf Forderungen sub reservatione dominii hafteten, sei bloßer Detentor, könne es weder veräußern noch Pfandrechte daran constituiren, könne keine dingliche Klage deswegen erheben, sei aber befugt, wenn er mit dinglichen Klagen in Anspruch genommen werde, eine auctoris laudatio vorzunehmen; Eigenthümer sei der Verkäufer, befugt zur Bestellung von Pfand- und andern dinglichen Rechten an dem verkauften Grundstücke, der rechte Kläger und Beklagter bei dinglichen Klagen. Solche Behauptungen beruhen auf einem Verkennen der Lebensverhältnisse und der Praxis, welche das Institut des pacti reservati dominii erzeugten. Ich werde versuchen, die rechtliche Natur der gedachten Nebenverabredung näher zu beleuchten, und fühle mich hierzu um so mehr gedrungen, da ich der Ansicht keines Schriftstellers — so weit die Literatur mir bekannt ist — unbedingt beistimmen kann, daneben aber glaube, daß meine Ansicht in allen Puncten der Praxis entspreche, welche ich, wie wohl nicht leicht sehr viele Andere, in einem sehr großem Umfange auf eine einfache Weise in einem Zeitraume von mehr als hundert Jahren kennen zu lernen Gelegenheit hatte.

Da die umfassende Erörterung des rechtlichen Wesens des pacti reservati dominii, wie ich sie zu geben beabsichtige, an diesem Orte jedoch die Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage zu sehr unterbrechen würde, so habe ich es vorgezogen, dieselbe in eine besondere Abhandlung dieser Schrift zu verweisen, worauf ich in Betreff der näheren Begründung und Construction des hier mitzutheilenden Resultates hinweisen darf.

Ich verstehe unter dem pactum reservati dominii einen der Tradition hinzugefügten, eine stillschweigende Resolutivbedingung enthaltenden Nebenvertrag, in Folge dessen der Verkäufer im Falle, daß der Käufer wegen Insolvenz den übernommenen Verpflichtungen nicht nachkommen sollte, an dem verkauften Objecte dieselben Rechte wiedererlangt, welche er daran vor erfolgter Tradition und gegebenem Credite hatte.

In diesem Begriffe liegen drei durchaus wesentliche Merkmale:

1) das pactum reservati dominii ist ein Nebenvertrag, welcher nicht dem obligatorischen Vertrage, worauf der Kauf beruht, sondern dem dinglichen Vertrage, welcher der Tradition zu Grunde liegt, hinzugefügt wird[1];

2) dieser der Tradition hinzugefügte Nebenvertrag führt nicht eine suspensive Bedingung, wonach der Uebergang des Eigenthums auf den Verkäufer gehindert würde, mit sich, sondern enthält eine Resolutivbedingung, in Folge deren das Eigenthum ipso jure auf den Verkäufer zurückfallen kann[2];

3) der Eintritt der Resolutivbedingung bewirkt nicht, wie dieses bei der lex commissoria der Fall ist, daß der Verkäufer ohne Weiteres einseitig vom Kaufvertrage zurücktreten kann, vielmehr bleibt dieser bestehen und es tritt nur dasjenige rechtliche Verhältniß wieder ein, in welchem Käufer und Verkäufer vor gegebenem Credite und erfolgter Tradition zu einander standen[3].

Ich wende mich nunmehr, nachdem ich diesen Begriff voraufgeschickt habe, zur Beantwortung der Frage: muß das pactum reservati dominii, welches sich auf stadtpflichtige Grundstücke bezieht, damit es überhaupt Wirksamkeit äußern könne, bei der ordentlichen Stadtobrigkeit angemeldet werden?

Es dürfte nicht unangemessen sein, hier einmal mit der Untersuchung zu beginnen, wie sich die Praxis bei dieser Frage gestaltet habe. Die Anmeldungsbücher, welche vom Gerichtsschulzen-Amte der Neustadt Hannover, wo unsere Verordnungen in voller Reinheit zur Anwendung kommen, geführt wurden, liegen mir zur Einsicht vor. Eine Durchsicht derselben ergiebt, daß das pactum reservati dominii in außerordentlich vielen Fällen zur Kunde jener Stadtobrigkeit gelangte und in jene Bücher eingetragen wurde. Ob dieses jedoch in allen Fällen geschehen sei, kann aus jenen Büchern nicht entnommen werden, da sie nur Auszüge aus umfassenderen Documenten enthalten, auf deren Inhalt es eigentlich ankommt, und daneben außerdem noch die Betrachtung besteht, daß im einzelnen Falle das ganze Kaufgeld sofort bezahlt worden sei. Es ist

1) Vergl. Abhandlung IV. §. 5.

2) Vergl. Abhandlung IV. §§. 6—9.

3) Vergl. Abhandlung IV. §. 10.

jedoch im höchsten Grade wahrscheinlich, daß das pactum reservati dominii durchaus regelmäßig zur Kunde der Stadtobrigkeit kam, einmal schon deswegen, weil dieser Nebenvertrag, wenn er überhaupt abgeschlossen wird, fast immer in dem Kaufcontracte sich ausgesprochen findet, welcher der Stadtobrigkeit ganz regelmäßig präsentirt wird; dann aber, weil der geringste praktische Tact dahin führen mußte, der gedachten Nebenverabredung nur im Falle, daß sie angemeldet wurde, Wirksamkeit beizulegen. Beabsichtigte der Gesetzgeber durch unsere Verordnungen den Credit zu erhalten und zu heben, so mußte derselbe Grund, welcher zur Anmeldung der Pfandrechte führte, völlig ebenso dringend zur Anmeldung des pacti reservati dominii hinleiten, weil das letztere, mochte man nun dasselbe construiren, wie man wollte, wenn man demselben nur überhaupt Gültigkeit beilegte, das Grundeigenthum jedenfalls ebenso stark beschränkt und dessen Werth herabsetzt, als das Pfandrecht. Hätte man dem pactum reservati dominii, ohne daß es zur Kunde der Stadtobrigkeit gekommen wäre, Wirksamkeit mit unmittelbarer Beziehung auf stadtpflichtige Grundstücke beigelegt, so würde Alles illusorisch geworden sein, und zwar in einem hohen Grade, da aller Erfahrung nach jene Nebenverabredung außerordentlich häufig benutzt wird, um wegen des creditirten Kaufgeldes eine Sicherheit hervorzurufen, welche auch das Pfandrecht, in einem freilich geringeren Grade, gewährt.

Durch diese Betrachtung ist jedoch für eine streng rechtliche Beantwortung der aufgeworfenen Frage nur wenig gewonnen. Unsere Verordnungen reden von actus alienationis. Ich frage deßhalb, ist das pactum reservati dominii ein actus alienationis? Am einfachsten wäre in der That Alles abgemacht, wenn jene Nebenverabredung ein privilegirtes Pfandrecht enthielte, wie vielfach behauptet wird. Allein es ist gewiß unmöglich, die gedachte Nebenverabredung als ein Pfandrecht rechtlich zu construiren [4]), obwohl ich allerdings zugebe, daß Praxis und Gerichtsgebrauch, welche das Institut des pacti reservati dominii erzeugten und ausbildeten, hierbei als materielle Grundlage die Idee eines privilegirten Pfandrechts auffaßten; ferner, daß meine Ansicht über die Natur jener Verabredung in den meisten materiell wesentlichen Puncten zu den=

---

[4]) Vergl. Abhandlung IV. §. 3.

selben Resultaten führt, welche sich als Folgen eines privilegirten Pfandrechts von selbst herausstellen [5]).

Aber auch wenn man das pactum reservati dominii nicht als Pfandrecht, sondern als einen Resolutivvertrag in der Maße, wie ich dieses thue, construirt, muß man, wenn auch nicht auf directem, so doch gleichsam auf einem Umwege bei näherer Betrachtung dahin gelangen, von der Anmeldung bei der ordentlichen Stadtobrigkeit die Wirksamkeit jener Verabredung abhängig zu machen. Wenn ich hier von Wirksamkeit rede, so habe ich dabei nicht eine persönliche Wirksamkeit im Sinne, nach welcher eine persönliche Klage, ein Anspruch auf Retradition dem Verkäufer gegen den Käufer zustände; denn diese Wirksamkeit würde gerade in den Fällen, für welche der Verkäufer durch das pactum reservati dominii sich zu sichern beabsichtigt, ohne alle wahre Wirkung bleiben. Ich habe vielmehr eine unmittelbar auf das verkaufte Grundstück selbst sich beziehende, gleichsam dingliche Wirksamkeit im Auge, in Folge welcher das Eigenthum ipso jure auflebt, zurückfällt und durch eine dingliche Klage geltend gemacht werden mag, (s. g. dominium revocabile ex tunc [6]).

Da der Satz, daß Eigenthum durch bloßen Vertrag nicht übergehen könne, als allgemeine Regel im römischen Rechte gilt, so kann ein ipso jure Aufleben und Zurückfallen des Eigenthums für den Fall, daß die Resolutivbedingung in Erfüllung geht, nur insofern juristisch gedacht werden, als die, jene Resolutivbedingung enthaltende Vereinbarung einen Theil der justa causa bildet, welche als ein wesentlicher Bestandtheil der ganzen Handlung, wodurch Eigenthum übertragen wird, erscheint. In Gemäßheit der justa causa kann das Eigenthum, sowohl seinem Umfange als seiner Dauer nach, beschränkt übergehen. Der Dauer nach beschränkt geht es über, wenn ein pactum reservati dominii hinzugefügt ist. Bildet dieses hiernach einen Theil der justa causa so muß es dem Käufer sofort an der justa causa fehlen, wenn die in jener Nebenverabredung enthaltene Resolutivbedingung in Erfüllung geht, und eine Retradition nicht nur nicht als nöthig, sondern, streng genommen, auch nicht einmal als

---

5) Vergl. Abhandlung IV. §. 4 und 18.

6) Vergl. Abhandlung IV. §. 7 und 16 in f.

möglich erscheinen, weil der Käufer das, was er nicht mehr hat, auf einen Andern auch nicht übertragen kann [7]).

Soll nun nach unseren Verordnungen keine Eigenthumsveränderung in Betreff stadtpflichtiger Grundstücke ohne vorherige Anmeldung rechtlich möglich sein, so ergiebt sich nunmehr unter Beachtung des Vorhergehenden ohne Weiteres, daß das pactum reservati dominii, um dingliche Wirksamkeit zu äußern, angemeldet werden müsse. Gesetzt, A. verkäuft dem B. ein stadtpflichtiges Grundstück, daneben schließen Beide wegen des zu creditirenden Kaufgeldes ein pactum reservati dominii. Der Kaufcontract wird nun angemeldet, nicht aber die letztere Nebenverabredung. Hierauf tradirt A. dem B. das verkaufte Grundstück, wodurch B. sofort Eigenthümer wird. Es fragt sich nun, ob, wenn später die Resolutivbedingung in Erfüllung geht, das Eigenthum von B. auf den A. ohne Weiteres zurückfalle? Dieses ist rechtlich unmöglich, weil dieses Zurückfallen ohne Zweifel eine Eigenthumsveränderung enthält, die nach Vorschrift unserer Verordnungen vor erfolgter Anmeldung als eine null und nichtige cassirt werden soll. Ja! jene Verabredung kann nicht einmal persönliche Wirksamkeit äußern, so daß eine einseitige Anmeldung gedenkbar, oder Anträge auf Vornahme der Anmeldung und Klagen auf Retradition zulässig wären — wodurch freilich immer noch nicht ein ipso jure Wiederaufleben des Eigenthums mit seinen Folgen herbeigeführt werden könnte — weil die Verabredung, welche im pactum reservati dominii liegt einen dinglichen, nicht einen persönlichen Charakter an sich trägt, indem es sich unmittelbar auf das Eigenthum bezieht und die Aenderung desselben ohne Vermittelung der Thätigkeit des Contrahenten bewirkt wird, oder, um mit unseren Verordnungen zu reden, weil sie ein jus in re conferirt, Verträge aber, die ein jus in re conferiren, nach der Vorschrift unserer Verordnungen, wie eine spätere Ausführung zeigen wird, vor erfolgter Anmeldung überall nicht klagbar sind [8]). Hiernach hat das nicht angemeldete pactum reservati dominii weder dingliche noch persönliche, also überall gar keine Wirksamkeit. Es würde dem Verkäufer somit wegen des creditirten Kaufgeldes eine besondere

---

[7]) Vergl. Abhandlung IV. §. 8.

[8]) Vergl. §. 28 flgde.

Sicherheit gar nicht zustehen, sondern nur die allgemeine, welche die auf Entrichtung des Kaufgeldes gerichtete actio venditi darzubieten vermag.

Es bleibt nur noch übrig, auf diejenigen Städte einige Rücksicht zu nehmen, wo der Uebergang des Grundeigenthums auf Andere durch gerichtliche Auflassung vermittelt wird. Hier ist die Frage, ob das pactum reservati dominii zur gerichtlichen Kunde kommen müsse, um Wirksamkeit zu äußern, viel einfacher zu beantworten, wie oben, sobald man sich nur über die Natur jener Nebenverabredung neben dem Institute der Auflassung verständigt hat. Auch neben der Auflassung ist jene Vereinbarung als eine Resolutivbedingung aufzufassen, ja hier ist sie als Suspensivbedingung gar nicht einmal rechtlich denkbar. [9])

Auf dieselbe Weise, wie die justa causa sich zur Tradition des römischen Rechts verhält, verhält sie sich auch zur Auflassung des deutschen Rechts. Auch durch die Auflassung wird in Gemäßheit der neben ihr stehenden justa causa das Eigenthum übertragen. Enthält diese auf die eine oder die andere Weise eine Beschränkung, so geht durch Auflassung das Eigenthum auch nur in dieser Beschränkung über; denn die justa causa ist nichts Anderes als die Absicht, welche das Factum, wodurch Eigenthum übergehen soll, begleitet und ihm seine rechtliche Bedeutung verleiht, deshalb auch nur im Gedanken von jenem Factum trennbar. Wo rein römisches Recht gilt, geht durch außergerichtliche Tradition das Eigenthum über; ist dieses der Fall, so kann keine Rede davon sein, daß die justa causa zur Kunde des Gerichts gelangen müsse. Gilt aber deutsches Recht, so ist die Auflassung ein gerichtlicher Act, und das Eigenthum geht über in voller Uebereinstimmung mit der gerichtlich abgegebenen Erklärung. Wer deshalb das verkaufte Haus einem Andern eigenthümlich aufläßt ohne Bezugnahme auf Beschränkungen, überträgt auf den Käufer das Eigenthum unbeschränkt, weil er allgemein geredet hat. Daneben ist es möglich, daß die Contrahenden wegen des pactum reservati dominii außergerichtlich sich vereinbart haben. Diese Vereinbarung hat auch ihre Wirksamkeit, indem sie dem Verkäufer einen Anspruch gegen den Käufer darauf gewährt, daß Letzterer ihm das Haus wieder verlasse. Ein ipso jure Wiederaufleben des Eigen=

---

[9]) Vergl. Abhandlung IV. §. 19.

thums, ein Zurückfallen mit dem Eintritt der Resolutivbedingung, ist hier aber ebenso wenig möglich, als dieses Zurückfallen eintreten würde, wenn nach erfolgter Tradition die Contrahenten jene Nebenverabredung träfen. Hier wird die Rückkehr des Eigenthums durch einen geltend zu machenden Anspruch auf Retradition auf eine gleiche Weise vermittelt, wie dort durch die Klage auf Wiederverlassung. Ipso jure erfolgt die Rückkehr weder hier noch dort, und dieses ist ja gerade die Bedingung, unter welcher jene Verabredung diejenige dingliche Wirksamkeit genießt, welche der Verkäufer beabsichtigt und die ihm Sicherheit zu gewähren vermag.

Wenn eine Handlung gerichtlich geschehen muß, so kann es keinen Zweifel leiden, daß die jene Handlung begleitende Absicht, wenn sie eine Abweichung von der regelmäßigen Voraussetzung, welche jene Handlung mit sich führt, bewirken soll, auch gerichtlich erklärt werden müsse. Geschieht dieses, so wirkt sodann die Handlung in ihren Folgen nur so lange, als es nicht der erklärten Absicht widerstreitet. Es verliert die an die Stelle der traditio tretende mündliche Erklärung (Auflassung) ihre Wirksamkeit auf dieselbe Weise wie die traditio und in den beiden Fällen müssen die Folgen jenes Wegfallens dieselben sein.

Diesem Allem nach muß vor der erfolgenden Auflassung das pactum reservati dominii zur Kunde des Gerichts gelangen, damit hieraus die Absicht des Verlassenden bei der Verlassung erkannt werden könne. Es dürfte aber genügen, wenn jene Nebenverabredung in dem Kaufcontracte, welcher dem Gerichte überreicht wird, ausgesprochen vorliegt, da die Auflassung stets in Folge und in Gemäßheit dieses Contractes geschieht.

In der Altstadt Hannover, wo die gerichtliche Auflassung gilt, wird das pactum reservati dominii in die Hypothekenbücher eingetragen.

§. 20.

B. Die Alienation ihrem verschiedenen Grunde nach.

Nachdem wir in den §§. 12 — 19 die einzelnen Rechte, welche eine Alienation mit sich führen, unseren Verordnungen gegenüber betrachtet haben, muß die Untersuchung in Gemäßheit des §. 11. zu der Frage fortschreiten, ob die vorgeschriebene Anmeldung bei jeder Alienation, gleichviel auf welchem Grunde sie beruhe, erforderlich sei, oder nicht?

Die Alienation beruht nun ihrem Grunde nach entweder auf einer Willenserklärung, einem Rechtsgeschäfte, welches entweder ein Vertrag oder eine letztwillige Disposition sein kann; oder auf einer allgemeinen Rechtsregel, welche wiederum entweder unmittelbar ohne Weiteres, oder erst durch Vermittlung des Richters ihre Wirksamkeit äußert.

I. Daß die vertragsmäßige Alienation durch unsere Verordnungen berührt werde, ist ganz gewiß. Diese sprechen von actus alienationis, vom Transferiren dinglicher Rechte, welche Ausdrücke im eigentlichen regelmäßigen Sinne nur allein von vertragsmäßiger Veräußerung verstanden werden können. Sie setzen ferner ganz offensichtlich mehrere Personen voraus, welche wegen Translation eines jus in re sich einigen, und reden wiederholt von „Contrahenten" und „Contracten."

II. Dagegen wird die Alienation, welche auf einer letztwilligen Disposition beruht, durch die Verordnungen aus den Jahren 1712, 1733, 1736 und 1739 nicht berührt. Wenn deshalb Jemanden, als testamentarischen Erben oder Legatare ein stadtpflichtiges Grundstück zufällt, wenn Jemanden in einer letztwilligen Disposition Pfandrechte oder Servituten bestellt werden, so tritt die Alienation ohne Rücksicht auf erfolgte Anmeldung in volle Wirksamkeit. Möglicherweise könnte man unter „actus alienationis" auch Veräußerungen, welche sich auf einen letzten Willen gründen, verstehen, da der Ausdruck „alienatio" im weitern Sinne auch diese Veräußerungen umfaßt.

L. 8. §. 3. D. *de alienatione jud. mut. causa facta* (4. 7). „Sed heredem instituendo, vel legando si quis alienet, huic edicto locus non erit." [1])

Allein es liegt nicht der geringste Grund vor, von der regelmäßigen Bedeutung hier abzuweichen, und zwar um so weniger, da andere Ausdrücke unserer Verordnungen darauf hinweisen, daß diese nur die vertragsmäßige Veräußerung im Auge hatten.

Nach der Verordnung vom Jahre 1753 für die fünf Städte muß allerdings für diese ein entgegengesetztes Resultat gelten, da sie ausdrücklich die Vorschrift der Anmeldung auf den Erwerb durch Erbschaft ausdehnt. Nur würde es gewiß unrichtig sein, diese Be-

---

[1]) Die Vergleichung mit L. 1. pr. D. eod. ergiebt recht deutlich, daß das Wort „alienatio" hier in einem, von der regelmäßigen Bedeutung abweichenden Sinne gebraucht wird.

stimmung als Interpretation der früheren Verordnungen aufzufassen und so einen Rückschluß zu machen; denn die neueste Verordnung sagt ausdrücklich, daß sie die früheren Verordnungen erweitern wolle. Daß sie dieses in dem angegebenen Puncte thue, kann schon an sich nicht bezweifelt werden, folgt daneben aber auch daraus, daß sie theils eine bestimmte Zeit festsetzt, binnen welcher der Erbschaftserwerb angemeldet werden soll, theils eine Strafe androht für den Fall, daß die Anmeldung versäumt werde. Beide Bestimmungen fehlen in den früheren Verordnungen, woraus schon die richtige Meinung hervorgeht, da ohne jene Bestimmungen die Vorschrift, daß auch die, auf eine letztwillige Disposition sich gründende Veräußerung ohne Anmeldung nichtig sein solle, kaum Anwendung finden kann, jedenfalls aber ohne Erfolg bleiben würde[1a]).

III. Es werden ferner die verschiedensten dinglichen Rechte in Folge einer allgemeinen Rechtsregel unmittelbar erworben, so z. B. das Eigenthum, Servituten und Pfandrechte. Eine Aufzählung und Prüfung der einzelnen Fälle in welchen dieser Erwerb erfolgt, soll hier natürlich nicht unternommen werden[2]), da für uns die Frage nur Interesse hat, ob dieser Erwerb vor erfolgter Anmeldung mit Wirksamkeit vor sich gehen könne. Diese Frage ist aus denselben Gründen, welche unter II. angegeben sind, zu bejahen, und hier tritt noch hinzu, daß der gesetzliche Erwerb nie durch den Ausdruck alienatio, wenn man sich desselben nicht ganz uneigentlich bedient, wird bezeichnet werden können. Die größte praktische Bedeutung hat diese Frage, wenn es sich um den Erwerb von Pfandrechten unmittelbar durch Gesetz (pignus legale sive tacitum) handelt, und mit Rücksicht auf diese findet sich die Frage auch berührt bei Pufendorf[3]) und Strube[4]). Beide Schriftsteller beantworten dieselbe bejahend, wie auch ich dieses thue.

[1a]) Zu beachten ist hier jedoch der §. 3 der Verfassungs-Urkunde für die Stadt Springe vom 23sten Februar 1836 (§. 26. Note 3 f. dieser Schrift).

[2]) Es verdient verglichen zu werden Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II. §. 256 der 3ten Auflage (über den Erwerb des Eigenthums unmittelbar durch Gesetz), §. 258 (über gesetzliche Servituten), §§. 309—311 (über gesetzliche Pfandrechte). —

[3]) Pufendorf. Observationes. T. III. Obs. 180. §. 4.

[4]) Strube Rechtliche Bedenken. Bd. II. Bedenk. 268 (der Spangb. Ausgabe).

IV. Der Erwerb dinglicher Rechte in Folge allgemeiner Rechtsregel durch Vermittlung des Richters tritt ein bei den Theilungsklagen in Folge der Adjudication[5]) und bei der Subhastation unbeweglicher Grundstücke im Concurse. Auch hier muß der Rechtserwerb aus den bereits erwähnten Gründen ohne Anmeldung für wirksam angesehen werden.

Für die Fälle unter II — IV bietet sich noch eine gemeinsame Betrachtung dar, welche wohl schwerlich von mir zuerst berührt wird[6]). Man kann nämlich die obigen Gründe billigen und dennoch versuchen, eine der meinigen entgegengesetzte Meinung als die richtige zu vertheidigen, auf folgende Betrachtung gestützt: der Gedanke des Gesetzgebers gehe dahin, die ganze rechtliche Lage des städtischen Grundeigenthums unter öffentliche Controle zu stellen, um dadurch die Rechte sowohl der ordentlichen Stadtobrigkeit, als dritte Privatpersonen zu sichern. Diese beabsichtigte Sicherheit werde aber nicht herbeigeführt, wenn nur die vertragsmäßigen Alienationen in ihrer Wirksamkeit an Anmeldung gebunden würden. Dieses lege sich recht klar zu Tage, wenn man gesetzliche Pfandrechte für wirksam erkläre, ohne daß sie zur Kunde der Stadtobrigkeit gelangten, besonders dann, wenn das gesetzliche Pfandrecht privilegirt sei.

Hierauf habe ich Folgendes zu erwiedern: es ist ganz richtig, daß der Zweck des Gesetzgebers in einem vollkommern Grade erreicht werden würde, als dieses nach dem Obigen angenommen werden darf, wenn jede, auch nicht vertragsmäßige Veräußerung an Anmeldung gebunden wäre. Allein diese Betrachtung berechtigt uns nicht, nun auch anzunehmen, das der Gesetzgeber gewollt habe, was uns wünschenswerth, vielleicht consequent erscheinen mag. Von einer Berichtigung der Worte des Gesetzgebers nach dem Gedanken kann hier eben so wenig die Rede sein, als von wahrer Analogie; denn für die nicht vertragsmäßigen Alienationen fehlt es uns an keiner Regel, welche wir durch Analogie zu ergänzen hätten. Es könnte deshalb in jener Betrachtung nur ein Versuch gefunden werden, den Gedanken des Gesetzgebers zu verbessern. Der Grund des Gesetzes liegt allerdings nicht verdeckt; nicht so klar ist es aber, ob nicht der Gesetzgeber durch bestimmte Rücksichten sich veranlaßt gesehen habe, dem

---

5) Mühlenbruch a. a. O. §§. 421, 422 und 725.

6) Strube a. a. O.

Gesetze ein engeres Gebiet anzuweisen, als worauf der Grund desselben zu führen scheint. Eine spätere Betrachtung wird die gedachten Rücksichten näher hervortreten lassen. Jener Versuch würde also nicht mehr Auslegung sein, sondern Fortbildung des Rechts, welche nur der Gesetzgebung zusteht [7]). — Es ist das Bestreben der neuesten Legislation, jenen Zweck im weitesten Umfange zu erreichen; der Verfasser unserer Verordnungen dachte aber schwerlich auch nur im Entferntesten an eine Realisirung desselben. Der Gedanke daran lag seiner Zeit zu fern.

Indem der Gesetzgeber seine Disposition auf die vertragsmäßigen Veräußerungen beschränkte, hatte er einen historischen Anhalt an dem Institute der Auflassung, welches durch das römische Recht zwar gebrochen war, aber in vielen Land- und Stadtrechten in der einen oder der anderen Beziehung fortlebte; denn darüber herrscht gar kein Streit unter den Germanisten, daß nur bei der vertragsmäßigen Veräußerung die Gewere durch Auflassung erworben wurde, und daß bei jeder nicht vertragsmäßiger Alienation, so weit sie das deutsche Recht kannte, die Gewere ohne Rücksicht auf den Act der Auflassung überging. Hieraus erklärt sich auch ganz einfach, was sonst sehr auffallen müßte, daß das alte Ingrossationssystem der Hypotheken, welches auf dem Principe der Auflassung beruht, so weit es auch verbreitet ist, sich doch stets nur auf die vertragsmäßigen Hypotheken bezieht. Sehr rein hat sich jener Grundsatz des deutschen Rechts in der Altstadt Hannover erhalten. Hier wird der symbolische Act der Verlassung nur bei vertragsmäßiger Veräußerung vorgenommen; bei nicht vertragsmäßiger Veräußerung wird wohl, wenn sie zur Kunde des Gerichts kommt, zur Berichtigung des Besitztitels im Stadtpfandbuche die Besitzmutation notirt, allein die Verlassung geschieht nie.

§. 21.

B. Fortsetzung. — Die einzelnen Verträge.

Wenn nach dem Obigen — abgesehen von der Verordnung aus dem Jahre 1753 — die Vorschrift unserer Verordnungen auch nur die vertragsmäßige Veräußerung berührt, so greift sie doch allgemein ein, ohne weitere Rücksicht auf bestimmte einzelne Verträge, welche

---

[7]) v. Savigny. System des Römischen Rechts. Bd. I. §§. 37. 46 u. 50.

die Veräußerung begleiten, sofern diese nur nicht den Charakter letztwilliger Dispositionen an sich tragen. Die Verordnung vom Jahre 1712 spricht vom Kaufe, Tausche und der dotis causa; allein daß sie hiermit nur Beispiele geben wolle, zeigen schon die folgenden Worte. Umfassender oder doch deutlicher drückt sich die Verordnung vom Jahre 1753 aus, wenn sie noch hinzusetzt „vel alio quocunque titulo, vel lucrativo, vel oneroso", obwohl sie damit nichts Anderes sagt, als was aus jener Verordnung gleichfalls folgt. Hiernach kann es denn nicht zweifelhaft sein, daß Anmeldung erforderlich sei, wenn ein Vater bei seinen Lebzeiten seinen Kindern stadtpflichtige Grundstücke überträgt. Auch erwähne ich diesen Fall nur, weil er bei Strube[1]) berührt und mit Präjudicien belegt wird. Zwei besondere Betrachtungen muß ich jedoch noch hinzufügen:

1) Strube betrachtet besonders den Fall einer Schenkung unter den Lebendigen, welche sich auf stadtpflichtige Grundstücke bezieht, und ist der Ansicht, daß hier etwas Eigenthümliches, eine Abweichung von dem, was bei andern Verträgen Recht ist, gelten müsse. Er will hier eine interpretatio restrictiva Platz greifen lassen. Die Strube'sche Betrachtung entbehrt jedoch jeder Schärfe des Urtheils, welche man ihrem Verfasser sonst nachrühmt und zwar recht häufig mit vollem Rechte. Strube knüpft seine Betrachtung an zwei Rechtsfälle. Nach dem ersten lag eine Schenkung unter Lebendigen vor, welche erst mit dem Tode des Schenkers in Erfüllung gehen sollte. Nach dem Tode des Schenkers wurde die Schenkung angemeldet. Das Obergericht erkannte, mit dem Untergerichte übereinstimmend, daß das verschenkte stadtpflichtige Grundstück rechtsgültig erworben sei.

Diese Ansicht ist auch richtig, sobald man annimmt, daß die Klagbarkeit des obligatorischen, der Veräußerung vorhergehenden Vertrages durch Anmeldung nicht bedingt sei. Die Entscheidungsgründe dürften aber nicht richtig sein, wenn sie gleich von Strube adoptirt werden. Sie sagen, und mit ihnen Strube, jenes Geschäft gleiche in seinen Wirkungen der letztwilligen Disposition; es habe dem Schenker freigestanden, die beabsichtigte Schenkung durch letztwillige Disposition zu erreichen; das Interesse der Stadtobrigkeit sei gewahrt geblieben, da das Grundstück auf den Namen des Schenkers stehen

[1]) Strube. Recht. Bed. Bd. I. B. 98 (d. Sp. A.)

geblieben sei; das Interesse dritter Personen bleibe gewahrt, da die Beschenkte sich anheischig gemacht habe, alle Schulden zu zahlen. — Es ist sehr leicht, dieses Alles zu widerlegen. Eine donatio inter vivos, deren Erfüllung bis zum Tode des Schenkers hinausgeschoben wird, gleicht der letztwilligen Disposition gerade eben so viel und eben so wenig als jeder andere Vertrag, dessen Erfüllung bis zum Tode eines der Contrahenten z. B. des Verkäufers hinausgeschoben wird. Es ist ferner ganz richtig, daß dasselbe Resultat, welches durch jene Schenkung herbeigeführt wird, auch durch letztwillige Disposition erreicht werden mochte. Dasselbe gilt aber von jedem andern Vertrage; es kann z. B. der Testator Jemanden ein Haus legiren unter der Bedingung, daß er dem Erben eine bestimmte Summe — das früher verabredete Kaufgeld — zahle. Die obige Argumentation müßte consequent angewandt nothwendig dahin führen, unsere Verordnungen ganz über den Haufen zu werfen. Was von Wahrung des Interesses der Stadtobrigkeit und der Pfandgläubiger gesagt ist, tritt bei jedem Vertrage auf gleiche Weise ein; höchst gleichgültig ist aber der Umstand, daß die Beschenkte die Bezahlung der Schulden übernommen hatte; denn dritten Personen, welche Pfandrechte an einem Grundstücke haben, haftet der Eigenthümer eines Grundstückes als Pfandschuldner, gleichviel, ob er die Bezahlung übernahm oder nicht, ob er auf den Grund einer Schenkung oder eines andern Vertrages das Eigenthum erwarb. — Ergiebt sich nun hieraus, daß unseren Verordnungen gegenüber die inter vivos donatio, mag nun eine sofortige Erfüllung derselben verabredet, oder jene bis zum Tode des Schenkers hinausgesetzt werden, sich gerade so verhält, wie jeder andere Vertrag, insofern wegen der Erfüllung eine gleiche Bestimmung getroffen ist, so kann von einer sogenannten interpretatio restrictiva, wie Strube will, hier gar nicht geredet werden.

Der zweite Rechtsfall enthält aber gar keine Schenkung unter den Lebendigen, wovon Strube nach der Unterschrift handeln will, sondern eine mortis causa donatio, da Strube selbst angiebt, es habe sich die Schenkerinn für den Fall, daß sie genesen würde, die Freiheit vorbehalten, die Schenkung wieder aufzurufen. Beides ist aber wohl zu trennen, und nur die Verwechslung mochte zu den obigen Mißverständnissen führen [2]).

---

[2]) Strube. Rechtliche Bedenken. Th. II. Bd. 434 (d. Sp. A.)

2) Wie verhält es sich denn nun aber mit der Schenkung von Todeswegen unseren Verordnungen gegenüber? Der Schenkung von Todeswegen liegt allerdings ein Vertrag zu Grunde; allein sie ist ein mortis causa negotium und trägt den Charakter einer letztwilligen Disposition entschieden an sich. Deshalb bin ich denn auch in Folge des Obigen der Ansicht, daß eine Veräußerung in Betreff des städtischen Grundeigenthums auf den Grund einer mortis causa donatio der Anmeldung zu ihrer Wirksamkeit nicht bedürfe. Ein Gleiches muß denn auch jedenfalls zugegeben werden, wenn es sich um einen Erbvertrag handelt.

§. 22.

C. Alienation bereits constituirter dinglicher Rechte.

Damit der Begriff der Veräußerung im Sinne unserer Verordnungen vollkommen entwickelt erscheine, bleibt nur noch die folgende Betrachtung übrig.

Sämmtliche dingliche Rechte, welche das Eigenthum beschränken, außer den Servituten, können, sobald sie einmal constituirt sind, auf dritte Personen übertragen werden. So kann die an einem Grundstücke verliehene Emphyteuse verkauft, das Pfandrecht mit der Forderung, welche dasselbe sichern soll, cedirt werden. Auch hierin liegt eine Alienation von jura in re. Es fragt sich nun, ob diese Translation bereits constituirter dinglicher Rechte, wenn ein stadtpflichtiges Grundstück in Frage steht, zu ihrer Wirksamkeit eine Anmeldung bei der ordentlichen Stadtobrigkeit voraussetze? Diese Frage muß ganz in Gemäßheit der ratio legis, welche unseren Verordnungen zu Grunde liegt, beantwortet werden. Geht diese nun dahin, theils die städtischen Cataster in Ordnung zu halten und die Stadtobrigkeit wegen ihrer Abgaben zu sichern; theils den guten Credit zu erhalten, welches dadurch bewirkt wird, wenn dritte Personen durch Einsicht der Acten sich überzeugen können, wie stark die Substanz des Grundeigenthums beschwert sei, so folgt die Beantwortung jener Frage mit folgender Unterscheidung:

1) Diejenigen dinglichen Rechte, welche einen eigenthumähnlichen Charakter an sich tragen (§. 18), können ohne Anmeldung bei der Stadtobrigkeit nicht rechtsgültig transferirt werden; denn sie führen eine Besitzmutation mit sich, bei deren Kenntnißnahme die Stadtobrigkeit, wegen ihrer Cataster interessirt ist. Ferner muß der neue

Erwerber die Lasten, welche auf dem städtischen Grundeigenthume ruhen, nach der Natur jener Rechtsverhältnisse tragen, und ist die Stadtobrigkeit auch deswegen interessirt zu wissen, auf wen jene eigenthumähnlichen Rechte übertragen sind.

2) Die übrigen dinglichen Rechte führen keine Besitzmutation mit sich, es wird auch Niemand behaupten, daß z. B. der Pfandgläubiger oder derjenige, welchem an einem Grundstücke eine Reallast constituirt ist, verpflichtet sei, die städtischen Abgaben, welche auf dem verpflichteten Grundstücke haften, zu tragen. Es erscheint somit die Stadtobrigkeit überall nicht dabei interessirt, ob diese dinglichen Rechte auf einen Dritten übertragen werden. Es ist ferner ganz offenbar, daß das Eigenthum auf dieselbe Weise beschwert und beschränkt ist, mag nun das Pfandrecht oder die Reallast, welche darauf haftet, in der Hand desjenigen sich noch befinden, welchem sie zuerst bestellt wurde, oder von diesem weiter übertragen sein. Die rechtliche Lage, der Werth des Grundstücks ist und bleibt derselbe; somit sind also auch Privatpersonen, welche später Rechte an einem Grundstücke erwerben wollen, schlechterdings nicht dabei interessirt zu wissen, in wessen Händen das früher constituirte dingliche Recht am Grundstücke ruhe, es genügt ihnen zu wissen, ob und welche dingliche Rechte früher daran constituirt wurden. Die Rücksicht auf Erhaltung guten Credits erfordert also gleichfalls nicht, daß die Translation einmal constituirter dinglicher Rechte an einem Grundstücke auf dritte Personen zur öffentlichen Kunde gelange.

Die unter 2 erörterte Frage hat das größte praktische Interesse, wenn es sich um Pfandrechte handelt und eine hypothekarische Succession in Betracht kommt. Das gewonnene Resultat muß hier auch allgemein gelten, möge das Eintreten in das Pfandrecht nun erfolgen durch Universal- oder durch Singular-Succession, möge die letztere nach gemeinrechtlichen Voraussetzungen, z. B. durch Legat [1]) oder Cession, eintreten, oder in Folge besonderer Vorschrift, wie dieses insbesondere nach der

L. 3. D. *quae res pign.* (20. 3)

L. 1. C. *de his, qui in prior.* (8. 19)

---

[1]) Von Universalsuccession und Singularsuccession durch Legat wird man hier freilich nur neben der Verordnung von 1752 reden dürfen, da die früheren Verordnungen überhaupt nur von vertragsmäßiger Alienation zu verstehen sind.

der Fall ist, wenn Jemand Geld zur Abfindung eines Pfandgläubigers herleiht und sich den Eintritt in die Stelle des abgefundenen Pfandgläubigers ausbedingt.[2])

Es muß ferner dasselbe Resultat gelten, wenn derjenige, welchem am stadtpflichtigen Grundstücke ein Pfandrecht constituirt ist, dieses weiter verpfändet (pignus pignoris).

Dritter Abschnitt.

Der Begriff der Anmeldung.

§. 23.

Uebersicht. — A. Form der Anmeldung.

Nach Anleitung des §. 10 können wir nunmehr zur näheren Erörterung des Begriffs der Anmeldung schreiten. Dieser erscheint freilich auf den ersten Blicke einfach und leicht in seiner Construction, bietet aber bei näherer Erwägung, zumal wenn man die im Laufe der Zeit in der Organisation der städtischen Obrigkeiten eingetretene Änderung berücksichtigt, nicht geringere Schwierigkeiten dar, als der bereits erörterte Begriff der Alienation.

Hier wird nun die Anmeldung zuvörderst ihrer Form (§. 23), dann aber ihrem Wesen nach (§. 24) in Untersuchung zu ziehen sein, woran sich dann die Beantwortung der Fragen schließen soll, „wann" und „wo" die Anmeldung geschehen müsse (§§. 25 und 26). Erst wenn die Untersuchung dieser Puncte beendet ist, werde ich die Frage stellen, wie sich die ordentliche Stadtobrigkeit der geschehenen Anmeldung gegenüber zu verhalten habe, ob insbesondere das angemeldete Rechtsgeschäft einer Confirmation bedürfe, um die volle gesetzliche Wirksamkeit zu erlangen (§. 27).

---

[2]) Ueber die einzelnen Fälle der hypothekarischen Succession verdient verglichen zu werden Mühlenbruch a. a. O. Bd. II. §. 321.

Was die Form der Anmeldung betrifft, so kann nichts darauf ankommen, ob diese schriftlich oder mündlich, durch Production des das Rechtsverhältniß am Grundeigenthume bezielenden schriftlichen Contracts, oder auf andere Weise vorgenommen wird. Diesem widerstreitet auch nicht die Verordnung vom 13. Januar 1733, wenn sie bestimmt, daß, wenn ein Contract produciret werde, daraus ein Auszug zu machen, ein Document der geschehenen Präsentation, welches nach dem Belieben der Parteien entweder auf den Contract zu setzen, oder besonders zu geben sei, zu ertheilen, und sodann der Contract zu retradiren sei; denn der Gesetzgeber hat hier nur den durchaus gewöhnlichen Fall vor Augen, daß die Contrahenten einen schriftlichen Contract produciren, und bestimmt mit Rücksicht hierauf das weitere Verfahren, welches die städtische Obrigkeit eintreten lassen soll. Aus dieser Vorschrift folgt deshalb weder, daß die Contrahenten einen unter ihnen beschlossenen, stadtpflichtiges Grundeigenthum betreffenden, Vertrag schriftlich abfassen müssen, noch daß sie gehalten sind, wenn sie wirklich für angemessen erachtet haben, einen schriftlichen Contract zu errichten, diesen bei der städtischen Obrigkeit zu produciren.

Sodann muß die Anmeldung in glaubwürdiger Form geschehen, welches auf gleiche Weise der Fall ist, mag nun eine öffentliche Urkunde producirt oder eine correspondirende Erklärung von beiden Contrahenten vor der städtischen Obrigkeit mündlich abgegeben werden.

§. 12.

B. Wesen der Anmeldung.

Durch die Anmeldung wollte der Gesetzgeber den auf stadtpflichtiges Grundeigenthum sich beziehenden actus alienationis, welche nach den Platz greifenden Grundsätzen des römischen Rechts Heimlichkeit zuließen, denjenigen Charakter der Oeffentlichkeit verleihen, welchen er im Interesse der städtischen Obrigkeiten und Privatpersonen wünschenswerth erachtete. Die Öffentlichkeit sollte bewirken, daß die rechtliche Lage des Grundeigenthums feststehe und zur allgemeineren Kunde der dabei Interessirten gelangen könne.

Hiernach beantwortet sich die Frage ganz einfach, in welchem Umfange die einzelnen näheren Bestimmungen der Rechtsverhältnisse, welche in ihrer Wirksamkeit durch Anmeldung bedingt sind, zur Kenntniß der städtischen Obrigkeiten gebracht werden müssen. In

dieser Beziehung ist nämlich der Fall der Eigenthumsveräußerung von allen übrigen Alienationen zu unterscheiden. Steht eine Eigenthumsveräußerung in Frage, so muß es genügen, wenn zur Kunde der städtischen Obrigkeit gelangt, auf wen das Eigenthum übertragen werden solle[1]; handelt es sich dagegen um die übrigen Alienationen, welche eine Beschränkung des Eigenthums mit sich führen, so kann nicht die Angabe genügen, welches dingliche Recht und wem es übertragen werde, vielmehr erscheint hier ganz wesentlich, daß die städtische Obrigkeit davon in Kenntniß gesetzt werde, in welchem Umfange die Beschränkung eintrete. Deshalb muß bei der Anmeldung eines zu bestellenden Pfandrechts die Forderung, wofür das Pfandrecht haften soll, näher angegeben, bei der Bestellung einer Servitut diese genauer beschrieben werden. Es muß jeder Umstand angegeben werden, welcher sich auf die Beschränkung des Eigenthums bezieht, diese stärker oder schwächer erscheinen läßt.

Viel schwieriger ist dagegen die Beantwortung einer anderen Frage, ob nämlich die Anmeldung als ein nothwendig zweiseitiger Act aufzufassen sei, oder ob es schon genüge, wenn die städtische Obrigkeit durch einen der Contrahenten von der das stadtpflichtige Grundeigenthum betreffenden Änderung in den Rechtsverhältnissen benachrichtigt wird. Der Begriff der Anmeldung an sich führt nicht mit Nothwendigkeit auf die Annahme, daß die Anmeldung ein zweiseitiger Act sei, eben so wenig der Zweck des Gesetzgebers, da dieser schon erreicht wird, sobald nur überhaupt die städtische Obrigkeit auf irgend eine glaubhafte Art und Weise von dem beabsichtigten Rechtsgeschäfte in Kenntniß gesetzt wird, was ja auch geschieht, wenn einer der Contrahenten eine öffentliche Urkunde, welche das Rechtsgeschäft enthält, producirt.

Diese Momente sind wichtig, jedoch nicht entscheidend, weil einzelne Vorschriften unserer Verordnungen auf ein entgegengesetztes Resultat durch Folgerung führen können, was sie denn auch zum Theil wirklich thun.

---

[1]) Die Nothwendigkeit auch das pactum reservati dominii zur Kenntniß der Obrigkeit zu bringen rechtfertigt sich schon aus einem andern Grunde. Vergl. §. 19.

Ausdrücklich reden unsere Verordnungen nicht davon, ob die Anmeldung ein nothwendig zweiseitiger Act sei, oder ob sie auch einseitig vorgenommen werden könne; doch enthalten sie mehrere einzelne Bestimmungen, aus denen mit genügender Bestimmtheit geschlossen werden mag, daß, wenn es sich um Eigenthumsveräußerungen handelt, die von einem der Contrahenten vorgenommene Anmeldung schon genüge.

So bestimmt die Verordnung vom Jahre 1733, um die Cataster dem Endzwecke gemäß ratione praeteriti in Richtigkeit zu bringen, daß diejenigen, welche der früheren Verordnung kein Genüge geleistet, binnen bestimmter Frist, bei Vermeidung der Verhängung der angedroheten gesetzlichen Strafe, die Contracte anmelden sollten. Hier beweiset der Umstand, daß im Versäumungsfalle nicht allein der Säumige, sondern beide Theile in die Strafe genommen werden sollen für die Zulässigkeit einseitiger Anmeldung, indem entgegengesetzten Falls ja, wenn der eine der Contrahenten sich weigerte die Anmeldung vorzunehmen, den anderen Contrahenten, welcher bereit ist, durch Vornahme der gebotenen Handlung dem Gesetze Folge zu leisten, die Strafe ohne Grund und ganz unverdient treffen würde.

Ferner enthält die Verordnung vom Jahre 1753 sub № 2 wiederum ratione praeteriti die Vorschrift, daß diejenigen, welche stadtpflichtige Grundstücke an sich gebracht haben und besitzen, bei Strafe der Halbscheid des Werths des verschwiegenen Stücks die Anmeldung vornehmen sollen; so wie sub № 8 die fernere Vorschrift, daß für die erforderliche Anmeldung bei Rathhause der Käufer sowohl, als der Verkäufer zu sorgen habe. — Diese Bestimmungen setzen offenbar die einseitige Anmeldung als genügend voraus; auch wird es nicht bezweifelt werden dürfen, daß sie zur Interpretation der früheren Verordnungen dienen können, indem hier ein Grundbegriff in Frage ist, welcher rücksichtlich aller Verordnungen als ein und derselbe erscheint.

Insofern Rechtsgeschäfte, welche der Anmeldung bedürfen, die Uebertragung der übrigen dinglichen Rechte außer Eigenthum enthalten, können aus einzelnen Bestimmungen unserer Verordnungen direct keine Momente hergenommen werden, welche auf Entscheidung der oben aufgeworfenen Frage Einfluß zu äußern vermöchten; vielmehr sind solche durch weitere Schlußfolgerungen aus ferner liegenden Gründen abzuleiten. Uebrigens ist die Frage, ob eine einseitige Anmeldung genüge, mit Rücksicht auf die Pfandbestellung, in welcher

Beziehung sie auch eine überwiegende Wichtigkeit hat, und ein scharf hervortretendes Interesse gewährt, vielfach erörtert. Ich nehme hier besondere Rücksicht auf die Untersuchungen, welche Pufendorf, Strube, Hagemann und Reck angestellt haben.

Pufendorf läßt sich in der Observation, welche sich mit der Auslegung unserer Verordnungen beschäftigt, folgendermaßen vernehmen:

„Illud meminisse oportet, ad efficiendum jus hypothecae in hujusmodi bonis sufficere, ut ad magistratus ejus notitiam, qui catastro praeest, perducatur, etsi id a creditore solo fieret. Ratio enim constitutionis in eo collocatur, ut catastra integra sint et sine vitio. Merito igitur sufficere debet, si vel solus creditor id magistratui exhibito obligationis instrumento significet“[1]).

Meines Erachtens enthält diese Ausführung nichts, was zu befriedigen vermöchte. Der Grund für die Zulässigkeit einer einseitigen Anmeldung, möge diese nun vom Gläubiger oder vom Schuldner vorgenommen werden, soll nach Pufendorf darin liegen, daß die Rücksicht auf Richtighaltung der Stadtcataster Zweck der vorgeschriebenen Anmeldung der Pfandbestellung sei. Wäre das Letztere auch richtig, so würde damit wegen anderer, in Betracht zu ziehenden Rücksichten, die aufgeworfene Frage noch nicht erschöpfend behandelt sein; allein die Unrichtigkeit des angegebenen Grundes kann auch nicht bezweifelt werden, da die städtischen Catastra es nur mit Besitzmutationen zu thun haben und durch die bloße Pfandbestellung überall nicht berührt werden. Die Verordnung vom Jahre 1739 giebt ja selbst als Grund, weshalb Pfandrechte anzumelden, an, daß dadurch der gute Credit erhalten werden solle.

Strube stimmt der Pufendorf'schen Ansicht nicht bei, behauptet vielmehr, daß ein Gläubiger ohne Bewilligung des Schuldners, die in der Verordnung vom Jahre 1712 geforderte Ingrossation einseitig nicht vornehmen dürfe, weil derjenige, welcher eine Privathypothek bestelle, dadurch sich noch nicht verbindlich mache, solche gerichtlich bestellen zu lassen. Der Schuldner könne Gründe haben, daß die contrahirte Schuld nicht bekannt werde; sein Credit könne so beschaffen sein, daß er Capitalien bekommen könne, ohne sie

---

[1]) Pufendorf. Observ. T. III. Obs. 180 §. 7.

ingrossiren zu lassen. Nur in dem Falle, wenn nach erfolgter Loose der Schuldner nicht zahle, könne der Gläubiger die Ingrossation einseitig bewirken [2]).

Ich will davon absehen, daß die von Strube angezogene Verordnung überall nicht von Ingrossation, sondern nur von einer Anmeldung redet; ich will ferner den Ungrund, worauf die im letzten Satze enthaltene Ausnahme von der Regel beruht, nicht näher hervorheben; denn dieses sind Puncte, deren weitere Berücksichtigung hier nicht erforderlich scheint. Ganz hievon abgesehen, ist die Strube'sche Argumentation unhaltbar, da in ihr die in unseren Verordnungen ganz klar ausgesprochene Bestimmung, daß ohne die vorgeschriebene Anmeldung eine, stadtpflichtiges Grundeigenthum afficirende Hypothek, sich nicht wirksam erweisen und der angebliche Pfandgläubiger unter die Chirographarier classificirt werden solle, ohne alle Erwägung geblieben ist. Dieser Bestimmung unserer Verordnungen gegenüber kann von dem Gegensatze einer privaten und ingrossirten Hypothek gar nicht geredet werden.

Kämen nur die von Strube vorgetragenen Gründe in Betracht, so würde man in Gemäßheit des Obigen folgendermaßen argumentiren können und müssen: wenn ein Gläubiger einem Schuldner eine Hypothek bestellen will, so liegt es in der Absicht der Contrahenten, daß ein wirksames Pfandrecht entstehe; eine wirksame Hypothek entsteht aber erst durch Anmeldung, zu deren Vornahme der Gläubiger nicht allein befugt, sondern gleichsam vom Schuldner autorisirt erscheint. — Die Strube'sche Argumentation könnte in seinem Sinne überhaupt nur erst dann in Betracht kommen, wenn nach unseren Verordnungen der nicht angemeldeten Hypothek irgend eine, wenn gleich geringere Wirksamkeit als die der angemeldeten Hypothek beigelegt werden könnte.

Hagemann behauptet ohne Angabe irgend eines Grundes, daß die Verpfändung sowohl vom Gläubiger, als vom Schuldner der Stadtobrigkeit einseitig zur Wissenschaft gebracht werden könne [3]). —

---

[2]) Strube, Rechtliche Bedenken. Bd. I. Bed. 296 der Spangenb. Ausgabe.

[3]) Bülow und Hagemann, Practische Erörterungen. Bd. IV. S. 302.

Auch der Letzte der oben angeführten Schriftsteller ist geneigt, sich für diese Ansicht zu entscheiden [4]) *).

Ich wende mich nunmehr zur Begründung meiner eigenen Ansicht. Da die vertragsmäßige Einigung, welche auf Constitution eines Pfandrechts führt, wie jeder Vertrag, Uebereinstimmung des Willens mehrerer Personen voraussetzt, so ergiebt sich selbstredend, daß man, wenn die Frage aufgeworfen wird, ob einseitige Schritte beim Gerichte oder einer andern öffentlichen Behörde in Beziehung auf Wirksamkeit von Pfandrechten zulässig seien, voraussetzen müsse, es liege bereits eine vertragsmäßige Einigung vor, welcher durch jene Handlung nur eine erhöhete Bedeutung gegeben werden solle. Liegt eine vertragsmäßige Einigung überhaupt nicht vor, oder ist dieselbe ungültig, so muß die Frage schon von vorn herein verneint werden, ohne daß die besonderen Gründe, welche sonst entscheidend sein könnten, zur Berücksichtigung gelangen dürften.

Das ältere deutsche Recht kennt kein, das Grundeigenthum afficirende Privatpfandrecht im Sinne des römischen Rechts, fordert vielmehr gerichtliche Bestellung durch Auflassung. Hier entscheidet schon die Natur der Auflassung als einer nothwendig zweiseitigen Handlung für die Verneinung der aufgeworfenen Frage; wäre dieses aber nicht der Fall, so würde ein Gleiches auch aus den Grundsätzen vertragsmäßiger Einigung herzuleiten sein [5]).

Das römische Recht erkennt dagegen die Wirksamkeit außergerichtlich bestellter Pfandrechte an, soll aber nach einer weitverbreiteten Ansicht in Folge der L. 11. C. qui potiores in pignore dem s. g. öffentlichen und gleichsam öffentlichen Pfandrechte Vorzugsrechte einräumen [6]). Hier kann nun allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob durch einseitige Schritte das bereits existirende Privatpfandrecht die Vorrechte des s. g. pignus publicum vel quasi publicum erlangen könne. Ich habe kein Interesse diese Frage näher

---

[4]) Reck. Ueber das deutsche Credit- und Hypothekenwesen. Heft II. S. 129.

*) Auch Benfey in der Juristischen Zeitung für das Königreich Hannover. Jahrgang 1842. Abth. I. S. 23 und 24 behauptet allgemein, daß eine einseitige Anmeldung genüge.

[5]) Vergleiche §. 15 Note 2.

[6]) Vergl. hierüber die zweite Abhandlung.

zu erörtern, deren Beantwortung jedoch schwieriger sein dürfte, als es auf den ersten Anblick scheint [7]).

Nach dem Eindringen des römischen Rechts in Deutschland, trat eine Vermischung des deutschen und römischen Rechts ein. Einmal so, daß man ein Stück des römischen Rechts in das deutsche Pfandrechtssystem aufnahm. Neben der gerichtlichen ingrossirten Hypothek wurde die Privathypothek des römischen Rechts als wirksam anerkannt, jedoch so, daß die erstere der letzteren an Kraft und Wirksamkeit vorgeht [8]). Auch hier ist die aufgeworfene Frage von Bedeutung und findet sich vielfach erörtert. — Dann aber so, daß man ein Stück oder ein Princip des deutschen Rechts in das römische Recht einschob. Dieses ist geschehen durch unsere Verordnungen, wonach ein vertragsmäßig bestelltes Pfandrecht stadtpflichtiges Grundeigenthum nur dann, wenn es bei der städtischen Obrigkeit angemeldet ist, zu afficiren vermag. Die Anmeldung ist nothwendig, nicht bloß nützlich. Sonach haben die Vorschriften unserer Verordnungen auf der einen Seite eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Systeme des deutschen Rechts, während sie andererseits von demselben durchaus verschieden sind. Aus dem Begriffe der Constitution des Pfandrechts vor Gericht, folgt schon ohne Weiteres, daß der gerichtliche Act ein zweiseitiger sein müsse; aus dem Begriffe der Anmeldung folgt ein Gleiches offenbar nicht, weil eine außergerichtliche vertragsmäßige Einigung schon an sich rechtsverbindend sein kann.

Ob dieses nun nach unseren Verordnungen angenommen werden dürfe, ist der entscheidende Punct, worauf die Untersuchung an diesem Orte zu richten sein würde, wenn es sich nicht als angemessener herausstellte, jenen Punct in einem größeren Zusammenhange aufzufassen und hier nur als Resultat hervorzuheben, daß eine vertragsmäßige Einigung, welche Pfandrechte zum Gegenstande hat, vor erfolgter Anmeldung als eine bindende Einigung gar nicht existirt, vielmehr nur in den Grenzen unverbindlicher Tractaten sich hält [9]). Aus diesem Re=

[7]) Reck bejaht diese Frage und entscheidet sich demgemäß, wie bereits oben angegeben ist, indem er, und gewiß mit Recht, davon ausgeht, daß unsere Verordnungen römischrechtliche Grundsätze als bestehend voraussetzen.

[8]) Vergl. §. 15. — Milderes Ingrossationssystem. — Die Ingrossation ist nützlich, nicht nothwendig.

[9]) Vergl. §. 28 und folgende.

sultate, wenn es mit der bekannten Rechtsvorschrift, daß Tractaten durch einseitige Willenserklärung zu einem Vertrage nicht erhoben werden können, in Verbindung gesetzt wird, ergiebt sich dann ohne Weiteres, daß die Anmeldung, welche Pfandrechte zum Gegenstande hat, nothwendig als ein zweiseitiger Act aufgefaßt werden müsse [10]).

Die obige Ausführung ergiebt, daß, wenn eine Eigenthumsveräußerung in Frage steht, nicht aber, wenn es sich um die Bestellung eines Pfandrechts handelt, die Anmeldung als ein einseitiger Act aufgefaßt werden dürfe. Dieses Resultat mag zuerst auffallend erscheinen; bei näherer Betrachtung findet sich aber, daß es im genauen Zusammenhange mit einem Principe steht, welches als leitend und maßgebend in mehrfacher Beziehung sich herausstellt. Ist vor erfolgter Anmeldung ein bindendes Vertragsverhältniß vorhanden, so kann eine einseitige Anmeldung genügen; existiren dagegen vor erfolgter Anmeldung nur unverbindliche Tractaten, so muß die Anmeldung, weil durch sie erst ein bindendes Vertragsverhältniß hervorgerufen wird, nothwendig von beiden Contrahenten vorgenommen werden. Die spätere Untersuchung in den §§. 28 — 36 wird lehren müssen, in wie weit das eine, oder das andere der Fall sei.

Wegen des gedachten Princips ist es denn auch nicht nöthig, die aufgeworfene Frage mit Rücksicht auf Bestellung anderer dinglichen Rechte außer Eigenthum und Pfandrecht zu beantworten, da dieses sich ganz von selbst ergiebt. Nimmt man z. B. an, daß das dingliche Recht der Servitut, wie das Pfandrecht, durch bloßen Vertrag entstehe, so ist nicht zu bezweifeln, daß die Anmeldung, welche eine Servitut zu ihrem Gegenstande hat, von beiden Contrahenten vorgenommen werden müsse [11]).

---

[10]) So wird die Sache auch aufgefaßt in den, im §. 16 abgedruckten statutarischen Normen für die Altstadt Hannover vom 19. Januar 1752 und 13. Februar 1765.

[11]) Es kann natürlich keinen Zweifel leiden, daß die Anmeldung, mag sie nun von beiden Contrahenten geschehen müssen, oder schon von einem derselben vorgenommen werden können, nicht durch die Contrahenten in Person bewirkt zu werden brauche. Sie kann auch Namens der Contrahenten durch Bevollmächtigte vollwirksam geschehen.

§. 25.

C. Wann muß die Anmeldung geschehen?

Die älteren Verordnungen aus den Jahren 1712, 1733, 1736 und 1739 schreiben keine Frist vor, binnen welcher die actus alienationis angemeldet werden müßten [1]). Dagegen bestimmt die spätere Verordnung für die fünf Städte aus dem Jahre 1753, daß die Anmeldung sofort bei Schließung des Contracts vorzunehmen sei, wenn aber stadtpflichtiges Gut durch Erbgang erworben werde, drei Monate nach erhaltenem Besitze des Erbschaftsstücks.

Die Verordnung vom Jahre 1753 dehnt die Vorschrift der Anmeldung, welche nach dem früheren Verordnungen nur für vertragsmäßige Veräußerungen galt, auch auf den Fall des Erbschaftserwerbes aus [2]). Für diesen Fall war es durchaus nothwendig, eine bestimmte Frist unter Androhung einer Strafe für die Anmeldung vorzuschreiben, wenn der Gesetzgeber seinen Zweck erreichen wollte, ohne die Wirksamkeit des Erbschaftserwerbes selbst an die Anmeldung zu binden, welches Letztere nicht wohl thunlich, jedenfalls aber nicht angemessen erscheinen mochte. Anders verhält es sich bei den vertragsmäßigen Veräußerungen, wenn ihre Wirksamkeit an sich durch die Verordnungen an die Anmeldung gebunden ist. Hier erscheint die Präfigirung einer Frist zur Anmeldung wenigstens nicht als durchaus erforderlich, weil die Veräußerung ohne voraufgegangene Anmeldung gar nicht ins Leben treten kann.

Unter Berücksichtigung einer späteren Ausführung in den §§. 28 — 36 wird man, wenn es sich um vertragsmäßige Alienationen handelt, über die Zeit der Anmeldung Folgendes sagen können: wenn ein Contract eine Alienation nicht mit sich führt, sondern dieselbe erst vorbereitet, so muß, in so fern die Uebertragung des dinglichen Rechts wirksam geschehen soll, die Anmeldung vor oder bei der Uebertragung geschehen; entspringt dagegen aus dem Contracte ohne Weiteres ein dingliches Recht, so fällt, genau genommen, der Zeitpunct des contractlichen Abschlusses mit dem der Anmeldung zu-

---

[1]) Vergleiche jedoch die im §. 26 Note 3 abgedruckten Verfassungs-Urkunden.

[2]) Vergl. §. 20.

sammen, weil vor erfolgter Anmeldung nicht klagbare vertragsmäßige Einigungen, sondern nur unverbindliche Tractaten vorliegen.

§. 26.

D. Wo muß die Anmeldung vorgenommen werden?

Nach der Verordnung vom 6. October 1712 soll die Anmeldung geschehen bei der „ordentlichen Stadtobrigkeit unter deren Jurisdiction oder in deren Feldmark das zu veralienirende Stück belegen". Die späteren Verordnungen bedienen sich des Ausdruckes „Stadtmagistrat", ändern aber an der herausgehobenen Bestimmung selbst überall nichts. Hiernach scheint die Beantwortung der Frage, wo die Anmeldung geschehen müsse, besonderen Schwierigkeiten nicht zu unterliegen. Und in der That, die großen Schwierigkeiten, welche hervortreten, wenn man die Gegenwart und die im Laufe der Zeit eingetretenen Modificationen in der früheren Organisation der Stadtobrigkeit ins Auge faßt, sind nicht vorhanden, wenn man nur auf die Verhältnisse, wie sie zur Zeit, als die Verordnungen erlassen wurden, vorlagen, Rücksicht nimmt.

Die hier in Betracht zu ziehende Aenderung in der Organisation der Stadtobrigkeiten besteht in der Trennung der Justizpflege von der Administration und ist auf einem zweifachen Wege ins Leben getreten, entweder so, daß die städtische Obrigkeit in zwei Behörden zerfällt, von denen die eine die regelmäßige Administration, die andere die Justizpflege besorgt [1]; oder so, daß die Justizpflege der Staatsgewalt abgetreten ist und nun von den Königlichen Aemtern besorgt wird.

Ich frage nunmehr, wo muß die Anmeldung vorgenommen werden, bei dem verwaltenden Magistrate oder dem Stadtgerichte, bei dem Königlichen Gerichte, welches die früher städtische, jetzt abgetretene Jurisdiction besorgt, oder beim Stadtmagistrate?

---

[1]) Die Aenderung tritt am schärfsten hervor, wenn die Magistratsmitglieder, welche die Justizpflege besorgen, mit der Besorgung der Administration nichts zu thun haben. Diesen Fall werde ich in der folgenden Ausführung besonders hervorheben. In vielen Städten besorgt ein und dasselbe Magistratsmitglied die Justizpflege und concurrirt daneben bei der Verwaltung.

Es liegt am nächsten zuvörderst nachzuforschen, ob nicht die einzelnen Verfassungsurkunden, welche jene Trennung der Justizpflege von der Administration herbeiführten, und die durch diesen Act geänderten Verhältnisse näher regulirten, die Beantwortung geradezu an die Hand geben und damit jede weitere Untersuchung als unnöthig erscheinen lassen. Dieses Letztere darf jedoch auf keine Weise angenommen werden; denn erstens nehmen nur einige, keineswegs alle, jener Verfassungsurkunden, auf unsere Verordnungen Rücksicht; sodann aber berücksichtigen sie dieselben nicht auf eine Art und Weise, welche allgemein zu befriedigen vermöchte. Wir müssen deshalb schon auf unsere Verordnungen selbst zurückgehen und zu erforschen suchen, ob nach ihnen die Anmeldung als ein Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgefaßt werden könne.

Die ratio unserer Verordnungen, wenn sie so allgemein aufgefaßt wird, wie dieses von mir im §. 3 geschehen ist, kann nicht entscheidend sein; denn Oeffentlichkeit in Betreff des Grundeigenthums, um dadurch sowohl das öffentliche Interesse, als das Wohl von Privatpersonen zu fördern, wird auf eine und dieselbe gleiche Weise erreicht, mag nun der die Oeffentlichkeit bezweckende Act bei einer Administrations- oder Justiz-Behörde vorgenommen werden. Jede Behörde der res sita, welche das jus actorum hat und den dabei Interessirten Zugang zu ihren Acten gestattet, muß zur Erreichung des gedachten Zwecks für geeigenschaftet angesehen werden.

Auch die Analogie der gerichtlichen Auflassung, welche ich bereits mehrfach angezogen habe, führt zu keinem Resultate. Die gerichtliche Auflassung war allerdings ein Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit, an die Concurrenz des iudex res sitae gebunden. Allein der Act, wodurch bei ihr Oeffentlichkeit herbeigeführt wurde, war eine Seite, ein wesentlicher, ganz charakteristischer Bestandtheil eines R e c h t s i n s t i t u t s, während die Anmeldung mit den Rechtsinstituten, denen sie den Charakter der Oeffentlichkeit verleihen sollte, überall nicht im organischen Zusammenhange steht. Unsere Verordnungen setzen die römischrechtlichen Grundsätze über den Erwerb dinglicher Rechte am Grundeigenthume voraus; zu ihnen tritt nur von Außen her das Erforderniß der Anmeldung. Nach deutschem Rechte tritt dagegen gerade an die Stelle jener römischrechtlichen Normen, der Tradition, des bloßen Vertrages, der gerichtliche Act.

Folgende Betrachtung dürfte meines Erachtens nach entscheidend sein. Wenn in einer Stadt die Justizpflege von der übrigen Administration getrennt ist, so kann der Umfang der Geschäfte derjenigen Behörde, welche die letztere besorgt, nur negativ bestimmt werden. Es concurrirt diese Behörde bei allen Geschäften, welche nicht den Charakter streitiger oder freiwilliger Jurisdiction an sich tragen. Der bloßen Anmeldung kann man diesen Charakter geradezu weder beilegen noch absprechen; sie trägt einen bestimmten Charakter überhaupt gar nicht an sich. Wichtig wird es nun hier, daß unsere Verordnungen ganz offenbar eine ordentliche, competente Behörde voraussetzen, eine Behörde der res sita, welcher das Grundeigenthum, dessen Alienation in Frage kommt, in einer oder der anderen Beziehung unterworfen ist; denn es folgt hieraus, daß die Anmeldung bei der Stadtobrigkeit, als administrativer Behörde, vorgenommen werden müsse, wenn sie auf Geschäfte sich bezieht, bei denen an eine Concurrenz der Stadtobrigkeit, als competenter Justizbehörde der belegenen Sache, nicht gedacht werden mag. Dieses Letztere geht aber mit großer Bestimmtheit aus dem Umstande hervor, daß die Verordnung vom Jahre 1712 ausdrücklich sagt, die Anmeldung müsse geschehen bei der Stadtobrigkeit **unter deren Jurisdiction, oder in deren Feldmark** das zu veralienirende Stücke belegen sei, indem sich hiernach ergiebt, daß die Anmeldung sich auch auf Rechtsverhältnisse beziehe, die Grundeigenthum betreffen, welches der Jurisdiction der Stadtobrigkeit freilich nicht unterworfen, bei dessen Alienation aber die Stadtobrigkeit, als Verwaltungsbehörde, hinsichtlich der Cataster und städtischen Abgaben interessirt ist.

Auch der specielle, vom Gesetzgeber besonders hervorgehobene Grund, Ordnung der städtischen Cataster und Berichtigung städtischer Abgaben, führt zu der Annahme, daß die Anmeldung bei der administrativen Behörde vorgenommen werden müsse, weil jene Zwecke am einfachsten und sichersten erreicht werden, wenn die Handlung, wodurch dieselben herbeigeführt werden sollen, geradezu an diejenige Behörde gewiesen ist, welche die Führung der Cataster, die Erhebung und Verwaltung der städtischen Abgaben besorgt. — Außerdem verdient noch der Umstand volle Beachtung, daß der Gesetzgeber stets von einer Anmeldung bei der städtischen Obrigkeit redet, während er doch den Fall voraussetzt, daß in einer oder der

andern der kleinen Städte die Jurisdiction von Königlichen Beamten ausgeübt wird [a1]).

Obwohl ich das gewonnene Resultat für ein sicheres halte, so vermag ich daneben doch nicht zu verkennen, daß es in nicht geringem Grade auffallend erscheinen könne und wenig Befriedigung zu gewähren vermöge. Nicht unwichtig für die Verständigung dürfte es aber sein, den Versuch zu machen, durch die folgende Betrachtung den Grund dieser Erscheinung aufzudecken.

Der Gesetzgeber ließ sich offenbar bei seinen Bestimmungen durch die, bei ihm ganz im Vordergrunde liegende Rücksicht auf städtische Cataster und Abgaben am stärksten leiten. Waltete diese Rücksicht frei, so mußte sie in natürlicher Consequenz dahin führen, die Anmeldung der Rechtsverhältnisse, welche sich auf stadtpflichtiges Grundeigenthum beziehen, ohne Rücksicht darauf, ob dieses der Stadt jurisdictionspflichtig ist, oder nicht, zu fordern. Zugleich erforderte aber dieselbe Rücksicht, nur diejenigen Alienationen in ihrer Wirksamkeit durch Anmeldung zu bedingen, welche eine Besitzmutation mit sich führen, da nur in Betreff dieser die Stadtobrigkeit wegen ihrer Cataster und Abgaben betheiligt ist. Solchen Bestimmungen gegenüber würde die Vorschrift, daß die Anmeldung bei der Stadtobrigkeit, als Verwaltungsbehörde, vorzunehmen sei, nichts Auffallendes an sich tragen, vielmehr den Verhältnissen ganz angemessen erscheinen. Allein der Gesetzgeber verfuhr auf der einen Seite inconsequent, indem er die Translation eines jeden jus in re, mochte dieselbe nun eine Besitzmutation nach sich ziehen oder nicht, durch Anmeldung bedingte, während er auf der anderen Seite die Consequenzen festhielt und die aus ihnen sich ergebenden Folgesätze allgemein aussprach. Tritt zu diesem dann noch, daß es etwas Auffallendes an sich trägt, wenn das Zustandekommen eines reinen Rechtsverhältnisses an die Mitwirkung einer Verwaltungsbehörde gebunden wird, — was sich ja so herausstellt, wenn es sich um Verträge handelt, welche, weil sie eine Alienation ohne Weiteres mit sich führen, vor erfolgter Anmeldung ungültig sind und erst durch die Anmeldung Klagbarkeit annehmen — so ist der Grund jener Erscheinung gefunden.

[a1]) Das Letztere geschieht ausdrücklich in den Verordnungen aus den Jahren 1733 und 1736.

Bayerische Staatsbibliothek München

Ich setze nun den Fall, daß es sich um actus alienationis handele, welche ein, im städtischen Gebiete belegenes stadtpflichtiges, aber der Jurisdiction der Stadt nicht unterworfenes Grundstück betreffen. Besteht hier der actus alienationis in der Veräußerung des Eigenthums, so hat die Anmeldung bei der städtischen Obrigkeit, welche hier offenbar nur als administrative Behörde in Betracht kommen kann, nichts Auffallendes oder Inconsequentes; das Letztere nicht, weil jenes der ratio des Gesetzes, Rücksicht auf städtische Cataster und Abgaben ganz angemessen erscheint; das Erstere nicht, weil sowohl der obligatorische Vertrag, welcher der Tradition als justa causa dient, als auch die Tradition ohne Vermittlung der städtischen Behörde geschehen mag. Die Stadtobrigkeit soll durch die Anmeldung nur von der intendirten Alienation in Kenntniß gesetzt werden, was mit dem obligatorischen Vertrage eben so wenig als mit der Tradition an sich überall etwas zu thun hat. Die Anmeldung bedingt diese Rechtsverhältnisse nicht anders, als der Umstand, daß in den meisten Städten Niemand ein Haus erwerben kann, bevor er nicht das Bürgerrecht erworben hat, dessen Erwerb ja auch auf einem administrativen Acte beruht. — Besteht dagegen der Act der Alienation in der Constitution einer Hypothek, so ist die Anmeldung bei der Stadtobrigkeit, als administrativer Behörde, inconsequent und auffallend; das Erstere, weil die Rücksicht auf städtische Cataster, welche nur dahin führen mochte, stadtpflichtiges aber nicht der städtischen Jurisdiction unterworfenes Grundeigenthum, unter öffentliche Controle zu stellen, hier wegfällt; das Letztere, weil die Hypothek erst durch Anmeldung, also durch Vermittlung einer administrativen Behörde, entsteht, indem vor erfolgter Anmeldung unter den Contrahenten nur Tractaten bestehen, kein bindender Vertrag [2]).

Hieraus ergiebt sich, daß eine Inconsequenz unseren Verordnungen schon von vorn herein zu Grunde lag, nur großentheils verdeckt und ohne praktischen Einfluß. Schroffer und ihrem äußern Umfange nach erweitert, mußte sie hervortreten, wenn die Rechtspflege von der eigentlichen Administration abgetrennt wurde, und somit die städtische Obrigkeit in zwei verschiedene Behörden zerfiel. —

---

[2]) Wegen der obigen, das Rechtsverhältniß vor erfolgter Anmeldung betreffenden Fragen, muß ich auch hier auf die §§. 28 — 36 verweisen.

[library stamp, illegible]

Die Doctrin kann hier keine Abhülfe gewähren; Sache der Gesetzgebung wäre es vielmehr gewesen und ist es noch, jene Inconsequenz mit ihren Folgen aufzuheben, oder sie doch ihrem äußern Umfange nach zu begränzen.

Richtiger Theorie nach muß besonders aus dem Grunde, weil Anmeldung in Betreff der Alienation solcher Grundstücke gefordert wird, worauf eine Einwirkung der ordentlichen Stadtobrigkeit, als Justizbehörde, gar nicht denkbar ist, allgemein behauptet werden, die Anmeldung, möge sie nun Eigenthumsveräußerung oder die Constitution anderer dinglichen Rechte am stadtpflichtigen Grundeigenthume, gleichviel, ob dieses der städtischen Jurisdiction unterworfen ist oder nicht, betreffen, müsse vorgenommen werden, wenn die Stadtobrigkeit in zwei Behörden getrennt ist, bei der Behörde, welche die Administration besorgt, dem verwaltenden Magistrate, nicht bei der Justizbehörde, dem Stadtgerichte; wenn aber die Justizpflege der Staatsgewalt abgetreten ist, bei dem Magistrate, nicht bei dem Königlichen Amte, welches als ordentliche Behörde die Justizpflege ausübt. Mit diesem Resultate stimmt denn auch die spätere Gesetzgebung überein, soweit sie in einzelnen Verfassungsurkunden auf unsere Verordnungen Rücksicht genommen hat [3]).

---

[3]) Dieses ist geschehen in folgenden Verfassungsurkunden:

a. Verfassungs-Reglement für die Stadt Rehburg vom 24. Junius 1827. §. 4 (bei Ebhardt Sammlung der Gesetze Bd. III. S. 385):

„Wegen Anmeldung der Verträge über bürgerliche Grundstücke beim Magistrate behuf Erhaltung der Ordnung in den städtischen Lagerbüchern behält es bei den deshalb bestehenden gesetzlichen Vorschriften sein Bewenden".

b. Verfassungs-Reglement für die Stadt Pattensen vom 13. Mai 1830. §. 1. (bei Ebhardt a. a. O. S. 479).

„Die Handhabung der Criminal-, so wie der Civil-Gerichtsbarkeit (und zwar sowohl der streitigen, als auch der freiwilligen) in der Stadt Pattensen und deren Feldmark, steht dem Amte Calenberg zu. Behuf Erhaltung der Ordnung des Stadtcatasters jedoch soll jede Veräußerung eines bürgerlichen Grundstücks zu Pattensen von den Interessenten dem Magistrate angezeigt werden. Zu diesem Ende haben die Interessenten bei Strafe von 10 Rthlr., die bei dem Amte Calenberg über die Veräußerung aufgenommene Urkunde binnen den nächsten acht

Dagegen würde ich entschieden folgende Ansichten verwerfen, die man, weil sie den Verhältnissen angemessen erscheinen, anzunehmen sich versucht fühlen möchte:

erstens, wenn man behauptete, die Anmeldung müsse bei der

Tagen dem Magistrate zu produciren, und muß dieser die geschehene Production unter der Urkunde bescheinigen".

c. Verfassungs-Urkunde für die Stadt Elbingerode vom 7. Junius 1830. §. 5 (bei Ebhardt a. a. O. S. 487.)

„Die Anmeldung der Contracte über bürgerliche Grundstücke soll auf den Grund der Verordnungen vom 13. Januar 1733 und 17. August 1739 zur Inordnunghaltung der städtischen Cataster auch fernerhin bei dem Magistrate geschehen".

d. Verwaltungs-Ordnung für die Stadt Burgdorf. (Fürstenthum Lüneburg) vom 13. Februar 1832. §. 3. (bei Ebhardt a. a. O. S. 547.)

„Dem Magistrate steht überall keine eigene Gerichtsbarkeit irgend einer Art, auch nicht die Verrichtung von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu. Seine Verpflichtung beschränkt sich vielmehr im Allgemeinen darauf, für die Wohlfahrt und das Beste der Stadt auf alle Weise zu sorgen und Allem, was solche befördern kann, eine ununterbrochene Aufmerksamkeit zu widmen. Die dem Herkommen nach ihm zustehende Befugniß, Ehestiftungen zwischen Bürgersleuten und Kaufbriefe über städtische Liegenschaften zu schreiben und in das Rathhandlungsbuch einzutragen, soll ihm zwar bis auf Weiteres nicht entzogen werden und jeder Bürger ohne Ausnahme gehalten sein, alle Ehestiftungen und Contracte, wodurch das Eigenthum an städtischen Liegenschaften verändert wird, beim Magistrate anzumelden.

Es sollen aber solche Verträge auch ferner wie bisher, ohne Prüfung und Bestätigung des Amts keine Gültigkeit erlangen können, und niemand gehalten sein, selbige beim Magistrate schreiben zu lassen".

e. Verfassungs-Urkunde für die Stadt Eldagsen vom 25. Februar 1833. §. 2 (bei Ebhardt a. a. O. S. 557.)

„Behuf Erhaltung der Ordnung des Stadt-Catasters soll jede Veräußerung eines bürgerlichen Grundstücks zu Eldagsen von den Interessenten dem Magistrate angezeigt werden.

Zu diesem Zwecke haben die Interessenten bei 10 Rthlr. Strafe die bei dem Amte Calenberg aufgenommene Urkunde

verwaltenden Behörde geschehen, wenn es sich um die Alienation von Grundstücken handele, welche stadtpflichtig, der städtischen Jurisdiction aber nicht unterworfen seien; dagegen bei der Gerichtsbehörde, wenn Grundeigenthum in Frage stehe, welches stadtpflichtig sei, und daneben der städtischen Jurisdiction unterworfen;

über die Veräußerung binnen den nächsten Tagen von deren Empfang dem Magistrate zu produciren, welcher dann die geschehene Production unter der Urkunde bescheinigen muß".

f. Verfassungs-Urkunde für die Stadt Springe vom 23. Februar 1836. §§. 2 und 3 (bei Ebhardt a. a. O. S. 588.)

(§. 2.) „Die bürgerliche und peinliche Gerichtsbarkeit über die Stadt und die ihr angehörigen Einwohner steht dem Amte Springe zu. Jedoch soll dem Magistrate ferner gestattet sein, auf Ansuchen der Parteien Verträge zu entwerfen.

Zur Bestätigung solcher Verträge ist derselbe aber nicht befugt; eben so wenig können bei demselben öffentliche Hypotheken bestellt werden.

(§. 3.) Die Veräußerung eines bürgerlichen Grundstücks muß behuf Umschreibung im städtischen Cataster binnen 8 Tagen nach Abschluß des Contracts bei 10 Rthlr. Strafe dem Magistrate angezeigt werden. Ging das bürgerliche Grundstück durch Erbfolge über, so ist die Anzeige bei Vermeidung der angedroheten Strafe gleichfalls erforderlich, die Frist wird aber für einen solchen Fall auf 6 Monate verlängert".

g. Verfassungs-Urkunde für die Königliche Residenzstadt Hannover vom 12. März 1824. §. 212 (bei Ebhardt a. a. O. S. 288.)

„Außerdem hat Unser Königliches Gericht, so wie auch Unser Amt Langenhagen, halbjährlich ein summarisches General-Verzeichniß aller und jeder in der Stadt-Feldmark geschehenen Eigenthums-Veränderungen und Uebertragungen dem Magistrat Unserer Residenzstadt mitzutheilen".

Sämmtliche unter a. — f. angezogenen Verfassungs-Urkunden betreffen Städte, deren Justizpflege der Staatsgewalt abgetreten ist und jetzt von den Königlichen Aemtern verwaltet wird. Es liegt nicht in meiner Absicht, auf die einzelnen hervorgehobenen Bestimmungen näher einzugehen. Demjenigen, welcher dieselben mit der Vorschrift unserer Verordnungen aufmerksam vergleicht, wird es übrigens nicht entgehen, daß sie manchem Bedenken Raum geben; denn

zweitens, wenn man sagte, handele es sich um Alienationen stadtpflichtiger Grundstücke, gleichviel, ob diese der städtischen Jurisdiction unterworfen seien oder nicht, welche eine Besitzmutation mit sich führten, so sei die Anmeldung bei der verwaltenden Behörde vorzunehmen, führe die Alienation dagegen keine Besitzmutation mit sich, so sei die Anmeldung bei der Justizbehörde zu beschaffen;

drittens, wenn man die beiden ersten Ansichten combinirte und dann folgendermaßen argumentiren wollte: stehen stadtflichtige Güter in Frage, welche zugleich der Stadt jurisdictionspflichtig sind, so muß die Anmeldung bei der städtischen Verwaltungs- oder Justiz-Behörde geschehen, je nachdem die bezweckte Alienation eine Besitzmutation mit sich führt, oder nicht; kommt aber stadtpflichtiges Grundeigenthum in Betracht, welches der städtischen Jurisdiction nicht unterworfen ist, so kommt es darauf an, ob die Alienation zur Besitzmutation führt, in welchem Falle die Anmeldung bei der verwaltenden Stadtobrigkeit geschehen muß, oder ob jenes nicht der Fall ist, in welchem Falle die Anmeldung weder bei der rechtsprechenden nach der verwaltenden Behörde der Stadt, sondern bei derjenigen Behörde vorgenommen werden muß, welche als ordentliche competente Gerichtsbehörde der belegenen Sache über das in Betracht kommende Grundeigenthum die Jurisdiction ausübt.

Diese letzte Ansicht scheint allerdings sehr viel für sich haben, und dürfte in der Praxis wohl die geläufigste sein. Allein verworfen muß sie werden, wie auch die beiden ersten Ansichten, weil es dem Interpreten nie gestattet sein kann, sich über den Gesetzgeber hinwegzusetzen, indem er die Gedanken desselben nach dem, was ihm angemessen erscheint, verbessert. Dieses würde aber hier geschehen, indem man um zu einer oder der andern jener Ansichten zu gelangen, nothwendig Inconsequenzen, welche doch einmal ganz offensichtlich unseren Verordnugen zu Grunde liegen, auf Consequenzen zurückführen muß.

---

insofern sie die Vorschrift unserer Verordnungen abändern, was sie mehrfach thun, ist die Combination nicht ganz einfach, und insofern sie sich nur auf unsere Verordnungen beziehen, werden sie dadurch wieder dunkel, daß sie die Rücksicht auf Cataster, welche freilich die Vorschrift hervorrufen mochte, daß die Anmeldung nach wie vor bei dem Magistrate geschehen solle, einmischen. Einzelne der hervorgehobenen Bestimmungen sollen an andern Orten näher berührt werden.

Wenn ich gleich aus allgemeinen Gründen allgemein behaupten zu dürfen geglaubt habe, daß die Anmeldung bei der verwaltenden Stadtobrigkeit geschehen müsse, so will ich doch nicht leugnen, daß in einzelnen Städten in der einen oder der anderen Beziehung eine Abweichung von der Regel eintreten könne, nämlich aus ganz besonderen Gründen. Wenn man in den Städten, wo deutschrechtliche Grundsätze galten, mit den bestehenden Grundsätzen die Vorschrift unserer Verordnungen durch Statute verschmolz, so konnte dieses kaum auf eine andere Art und Weise geschehen, als daß man die Anmeldung als einen gerichtlichen Act auffaßte. So z. B. darf nach den im §. 16 abgedruckten statutarischen Normen vom 20. Januar 1752 und 15. Februar 1765 gewiß angenommen werden, daß das in der Altstadt Hannover belegene, der städtischen Jurisdiction unterworfene Grundeigenthum durch Vornahme der in den gedachten Statuten vorgeschriebenen Schritte beim Stadtgerichte, ohne Anmeldung bei dem verwaltenden Magistrate, wirksam verhypothecirt werden könne.

Ferner darf angenommen werden, daß die Anmeldung, welche sich auf die Constitution von Hypotheken bezieht, dadurch, daß in den, die veränderte Organisation der Stadtobrigkeit betreffenden Verfassungsurkunden das Hypothekenwesen den, die Rechtspflege verwaltenden Behörden überwiesen ist, an die letzteren gewiesen sei, und vor ihnen vorgenommen werden müsse. Hierdurch ist schon ein Großes gewonnen; ein Größeres würde freilich noch erreicht worden sein, wenn aus der Verordnung vom 13. Junius 1828 über die Zuständigkeit der Gerichte zur Bestellung öffentlicher Hypotheken gefolgert werden könnte, daß die Anmeldung, welche die Bestellung von Pfandrechten betrifft, als ein gerichtlicher Act aufzufassen und demgemäß bei den Gerichten vorzunehmen sei. Dieses darf jedoch nicht geschehen, wie sich aus einer späteren Untersuchung ohne Schwierigkeit ergeben wird [4].

---

[4]) Vergleiche die Abhandlung III. dieser Schrift. — Hieraus wird sich auch ergeben, daß z. B. daraus, daß nach der Verfassungsurkunde der Stadt Springe im §. 2 — vergl. Note 3. f. dieses §. — vor dem Stadtmagistrate keine öffentliche Hypothek bestellt werden kann, nicht folgt, es seien Hypotheken, welche der Stadt Springe pflichtiges Grundeigenthum betreffen, ohne Anmeldung beim Stadtmagistrate gültig.

Durch Einwirkung dieser besonderen Gründe mag ein buntscheckiges Ganze entstehen, welches den Charakter der Zufälligkeit an sich trägt. Wenn es aber auf Consequenz und der richtigen Auffassung verschiedener Rechtsprincipien beruht, so muß der Richter wie der Interpret dasselbe billigen und seine Aufhebung oder Abänderung dem Gesetzgeber überlassen.

Die nunmehr vollständig erörterte Frage, wo die Anmeldung geschehen müsse, kam im Laufe des vorigen Jahres beim Stadtgerichte zu Hannover zur richterlichen Cognition. Es handelte sich darum, ob ein Kaufcontract, welcher ein in der Neustadt Hannover belegenes stadtpflichtiges, der städtischen Jurisdiction unterworfenes Grundstück betraf, beim verwaltenden Magistrate mit Effect angemeldet werden könne. Das Stadtgericht verneinte dieses und stützte seine Ansicht besonders darauf, daß zur Zeit als die Stadtobrigkeit noch ungetheilt Administration und Justizpflege verwaltet habe, die Anmeldung der Verträge stets nach den besonderen Formen, welche für gerichtliche Geschäfte gegolten hätten, verhandelt sei [5]). Dieser Grund, dessen Erheblichkeit an sich dahingestellt bleiben mag, dürfte meines Erachtens schon deshalb hier ohne Bedeutung sein, weil die Stadtobrigkeit, so lange sie nicht in getrennte Behörden zerfiel, über das Grundeigenthum der Neustadt weder Jurisdiction noch Verwaltung ausübte. — Das Obergericht reformirte diese Entscheidung dahin, daß die Anmeldung sowohl bei dem verwaltenden Magistrate als bei dem Stadtgerichte wirksam vorgenommen werden könne, weil die Verordnungen hauptsächlich die Richtigkeit der städtischen Cataster im Auge hätten, welches

---

[5]) In der Stadt Hannover ist seit der Trennung der Behörden die Anmeldung der Verträge, welche zur Eigenthumsveräußerung führen, stets bei dem Stadgerichte vorgenommen, welches in den meisten anderen Städten gewiß nicht der Fall ist. Dieser Geschäftsgang hat seinen einfachen Grund darin, daß man die Vorschrift der Anmeldung in die deutschrechtlichen Grundsätze der Auflassung einschob, und nun die Anmeldung auch schon vor der Zeit der Trennung der Behörden nach den besonderen Formen, welche für gerichtliche Geschäfte bestanden, behandelte. Uebrigens sind die Gerichtsschreiber angewiesen, sobald ein Haus gerichtlich abgetreten ist, hiervon dem verwaltenden Magistrate Anzeige zu machen, wodurch die Interessen der letzteren Behörde vollkommen gewahrt erscheinen.

Sache des Magistrats sei. Dieser Grund würde meines Erachtens in seiner Consequenz zu der von mir vertheidigten Ansicht führen müssen, daß die Anmeldung nur bei dem verwaltenden Magistrate wirksam vorgenommen werden könne [6]) *).

§. 27.

C. Confirmation der Verträge.

Es bleibt nun noch die Frage der Erörterung übrig, wie sich die Stadtobrigkeit der Anmeldung gegenüber zu verhalten habe, ob insbesondere das angemeldete Geschäft, um volle Wirksamkeit zu äußern, einer Confirmation bedürfe?

Die Verordnung vom Jahre 1712 sagt nur, ohne Vorwissen und Anmeldung bei der Stadtobrigkeit solle keine Veräußerung vorgenommen werden. Von einer Confirmation redet sie überall nicht. Die Verordnung vom Jahre 1733 berührt den in Frage stehenden Punct schon näher, indem sie zuerst den Advocaten und Notaren gebietet, die Contrahenten an ihre Pflicht, die geschlossenen Contracte anzumelden, zu erinnern, sodann ratione praeteriti besiehlt, daß die geschlossenen Contracte der Obrigkeit vorgezeigt und von dieser eingesehen werden sollten, und zuletzt ordnet, daß, wenn ein Contract producirt und „eine gerichtliche Confirmation nicht expresse darüber gesuchet werde", davon ein Extract, so viel dessen zur Richtighaltung der Cataster und Direction der beiden bürgerlichen Cassen bestellten Einnehmer nöthig zu machen, ein Document der geschehenen Präsentation zu ertheilen, dann aber der Contract sofort zurückzugeben sei. — Die Verordnung vom Jahre 1739 spricht gleichfalls vom Anmelden und bestimmt daneben, daß die Magistrate die geschehenden Anmeldungen gehörig zu den Acten verzeichnen sollten, damit

---

6) Die Unzulässigkeit jener Alternative würde überdies aus denselben Gründen folgen, welche im Obigen für die von mir als richtig bezeichnete Ansicht vorgebracht sind.

*) Durch den erwähnten Rechtsfall ist auch Benfey veranlaßt, in der bereits früher erwähnten Abhandlung S. 24 — 31 die Frage: „an welche Behörde die vorgeschriebene Anmeldung gehöre", zu untersuchen. Wir sind unabhängig von einander, wenn gleich auf verschiedenem Wege, zu ein und demselben Resultate in der Hauptsache gelangt.

wenn Jemand, dem es zu wissen gebühre, sich danach erkundige, das erforderliche obrigkeitliche Attest ertheilt werden könne. — Auch die letzte Verordnung vom Jahre 1753 spricht gleichfalls durchweg nur von einer Anmeldung.

Wer ohne vorgefaßte Meinungen sich zur Interpretation der angezogenen Verordnungen wendet, muß nothwendig zu dem Resultate gelangen, daß eine Confirmation der Contracte nicht für erforderlich zu erachten sei. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann sie nicht abgeleitet werden, da die hier in Frage kommenden Bestimmungen des römischen Rechts, welche durch unsere Verordnungen modificirt werden, von einer Confirmation gar nichts wissen, indem nach diesen Eigenthum und die übrigen dinglichen Rechte ohne irgend eine Mitwirkung öffentlicher Behörden, um mit unseren Verordnungen zu reden, heimlich transferirt werden.

Auch der Grund der gesetzlichen Disposition unserer Verordnungen und einzelne ausdrückliche Vorschriften derselben führen zu einem gleichen Resultate; denn in der zweiten Verordnung stellt der Gesetzgeber es ausdrücklich der Wahl der Contrahenten anheim, ob sie eine Confirmation der Contracte verlangen wollen, oder nicht, und bestimmt, daß, wenn nicht expresse darum gebeten werde, diese Confirmation nicht ertheilt werden solle. Der Zweck des Gesetzgebers, Oeffentlichkeit in Betreff der das Grundeigenthum bezielenden Rechtsverhältnisse, wird aber durch Anmeldung der Rechtsgeschäfte ohne hinzutretende Confirmation vollkommen erreicht, indem es ja nur darauf ankommen kann, daß die in den das Grundeigenthum betreffenden Rechtsverhältnissen eintretenden Aenderungen überhaupt zur Kunde der öffentlichen Behörden gelangen.

Außerdem setzt jede Confirmation der Verträge eine causae cognitio voraus, welche in unseren Verordnungen sich gleichfalls nicht vorgeschrieben findet. In den einleitenden Worten der ersten Constitution spricht der Gesetzgeber freilich davon, daß in Folge der heimlichen Transferirung dinglicher Rechte, Grundeigenthum mehrfach verkauft und über seinen Werth unterpfändlich verschrieben werde, wodurch man auf den ersten Anblick sich geneigt fühlen möchte, auf eine causae cognitio der Stadtobrigkeit zu schließen. Allein da die Verordnung vom Jahre 1733 einen Antrag auf Confirmation ausdrücklich in das Belieben der Contrahenten stellt und im dispositiven Theile der Verordnungen die causae cognitio der Stadtobrigkeit nicht zur

Pflicht gemacht ist, so darf mit Bestimmtheit angenommen werden, daß der Gesetzgeber jene Rücksichten nur als Nachtheile hervorgehoben habe, gegen welche die Contrahenten, wenn der gesetzlichen Vorschrift nachgelebt werde, durch eigene Erkundigung und Belehrung sich schützen könnten.

In diesem Resultate dürften auch, so viel ich weiß, sämmtliche Schriftsteller, welche die aufgeworfene Frage berühren, übereinstimmen. Nach Grefe[1]) sollte man freilich annehmen, daß bei Hagemann[2]) und Oesterlei[3]) rücksichtlich der Verträge, welche die Bestellung von Hypotheken betreffen, eine entgegengesetzte Ansicht sich finden werde. Allein Grefe scheint übersehen zu haben, daß die beiden letzteren Schriftsteller zur Begründung des Pfandrechts die bloße Anmeldung für genügend erklären und nur Confirmation erfordern, damit das Pfandrecht den Charakter der Oeffentlichkeit[4]) und der Pfandgläubiger die Vorzüge des öffentlichen Pfandes erlange. Beides ist aber wohl zu scheiden. — Aus gleichem Grunde kann eine entgegengesetzte Ansicht auch nicht, wie Ramdohr[5]) dieses thut, aus einem Erkenntnisse des Ober=Appellationsgerichts zu Celle, welches in der citirten Hagemann'schen Erörterung abgedruckt ist, gefolgert werden, da dieses Erkenntniß von einem Falle handelt, welcher eine öffentliche Hypothek im Sinne der hannoverschen Praktiker betraf.

Dagegen ist wohl nicht zu leugnen, daß die Praxis vielfach in den Verordnungen die Vorschrift der Confirmation gefunden hat, hierauf wohl geleitet durch Nachklänge des deutschen Rechts. Dieser Umstand kann denn auch mit dazu dienen, um zu erklären, wie man dazu gekommen sei, die Anmeldung an die Behörden zu verweisen, welche die städtische Jurisdiction besorgen.

Die entgegengesetzte Ansicht muß aber nach der, für das Fürstenthum Lüneburg und die demselben incorporirten Grafschaften geltenden Verordnung vom 15. November 1736 gebilligt werden. Diese

---

[1]) Grefe Leitfaden zum Studium des hannoverschen Privatrechts. §. 100.

[2]) Hagemann. Praktische Erörterungen Bd. IV. Erört. 59.

[3]) Oesterlei. Bürgerlicher Proceß Bd. II. S. 538.

[4]) d. h. der Oeffentlichkeit im Sinne der hannoverschen Praxis. Vergl. die Abhandlung III. dieser Schrift.

[5]) Ramdohr. Juristische Erfahrungen. Bd. II. S. 343.

hat zwar die Verordnung von 1712, nicht aber die von 1733 ihrem ganzen Umfange nach in sich aufgenommen. Von einer freien Wahl der Contrahenten, ob sie ihre Contracte confirmiren lassen wollen, oder nicht, redet jene Verordnung überall nicht, wohl aber von einer Einwilligung der Stadtobrigkeit, indem sie ernstlich den Stadtobrigkeiten anbefiehlt, in dergleichen Veräußerungen der unbeweglichen Bürgergüter an Personen, welche keine Bürger sind, nicht eher zu willigen, bevor wegen künftiger und richtiger Abführung sämmtlicher auf den Bürgergütern haftenden öffentlichen Lasten hinreichende Caution oder sonstige Sicherheit der Stadt bestellet worden sei. Ferner macht sie den Notaren zur Pflicht, den Contracten die Clausel einzurücken, daß sie vor geschehener Anmeldung und darauf erfolgter Confirmation nicht gültig sein sollten.

Aus diesen Bestimmungen geht mit genügender Klarheit hervor, daß die Verordnung vom Jahre 1736 hinsichtlich der Confirmation ein Anderes bestimmen wollte als die früheren Verordnungen. Auch glaube ich wegen der allgemeinen Vorschrift, welche die Clausel enthält, daß eine Confirmation allgemein erforderlich sei, möge nun die Alienation zur Besitzmutation führen, oder nicht, möge sie an Bürger oder an Nichtbürger geschehen.

Von sämmtlichen Schriftstellern bis auf Grefe, wird die Verordnung von 1736 bei der Frage, ob die städtisches Grundeigenthum betreffenden Contracte einer Confirmation zu ihrer Gültigkeit bedürfen, ganz übersehen.*) Grefe berührt dieselbe allerdings, indem er hervorhebt, daß die in derselben enthaltene Clausel auch auf Confirmation Rücksicht nehme.[6]) Was derselbe jedoch in dieser Hinsicht weiter vorbringt, dürfte nach mehreren Seiten hin nicht Billigung verdienen. Grefe meint nämlich einerseits, man habe sich mit mehr Schein, als andere von Hagemann vorgebrachte Argumente an sich trügen, auf die nach der Lüneburg'schen Verordnung in die Clausel aufzunehmenden Worte: „nach erfolgter Confirmation", berufen können. Allein für das Gebiet, in welchem die Verordnungen von 1712 und 1733 gelten, mit denen Hagemann sich nur beschäftigt, ist die abweichende Bestimmung der Verordnung von 1736 natürlich ohne alle

---

*) Siehe jetzt auch Benfey a. a. O. S. 36.

[6]) Grefe a. a. O. §. 100.

Bedeutung. Insoweit diese letztere Verordnung aber Anwendung findet, kann es andererseits nicht gebilligt werden, wenn Grefe behauptet, jene Clausel drücke ohne Absicht zu viel aus, da die Parteien durch die Clausel nur auf die Vorschrift der Verordnungen, welche eine Confirmation nicht enthalte, aufmerksam gemacht werden sollten. Die Verordnung vom Jahre 1712, welche der Gesetzgeber in die Verordnung vom Jahre 1736 aufnahm, redet allerdings nur von einer Anmeldung, allein ihre Vorschriften müssen nach den in der späteren Verordnung hinzugefügten näheren Bestimmungen modificirt werden. Diese fordern aber eine Confirmation, die Formel der Clausel sagt dieses nicht allein. Der Gesetzgeber, welcher die Verordnung vom Jahre 1733 vor Augen hatte, deren Bestimmung er in der Lüneburg'schen Verordnung theilweise adoptirte, theilweise aber abänderte, legte dadurch ohne Zweifel ganz deutlich an den Tag, daß er nicht ohne Absicht verfahren sei. Wollte er in diesem Puncte nichts abändern, so mochte er ganz einfach die Bestimmung der Verordnung von 1733 wiederholen, was er jedoch nicht gethan hat. [7])

Ein Antrag der Contrahenten auf Ingrossation neben der Anmeldung, ist nicht erforderlich. Die Ingrossation ist vielmehr Officialsache. Nach der Verordnung vom Jahre 1733 sollen aus den Contracten Extracte gemacht werden zur Erhaltung der Richtigkeit der Cataster, was sich nur auf Besitzmutationen bezieht. Die Verordnung vom Jahre 1739 schreibt dagegen allgemein die Registrirung aller actus alienationis, gleichviel, ob sie mit den Catastern in irgend einer Beziehung stehen, oder nicht, zu den Acten vor.

---

[7]) Nicht ohne Interesse, wenn gleich auf der andern Seite nicht ohne Schwierigkeit, ist das Verhältniß, in welchem die besondere Vorschrift der Lüneburgschen Verordnung zu dem §. 3 der Verwaltungs-Ordnung für die Stadt Burgdorf steht. Vergl. §. 26. Note 3. d.

Vierter Abschnitt.

Das Rechtsverhältniß vor und nach erfolgter Anmeldung.

§. 28.

A. Rechtsverhältniß vor erfolgter Anmeldung.

I. Klagbarkeit des obligatorischen Vertrages. — 1. Stellung der Frage und verschiedene Beantwortungen derselben.

Der Lauf der vorhergehenden Untersuchung hat die große Bedeutung der Frage, welchen Charakter das Rechtsverhältniß, welches eine Alienation des Grundeigenthums zum Gegenstande hat, vor erfolgter Anmeldung an sich trage, bereits genügend heraus gestellt, und werde ich mich nunmehr zu der umfassenden Beantwortung derselben wenden dürfen.

Insoweit durch den bloßen Vertrag dingliche Rechte nicht übertragen werden, vielmehr erst eine hinzutretende Tradition zur Alienation führt, kann man, wenn man auf die Entwickelung des gedachten Rechtsverhältnisses sieht, zwei Stadien unterscheiden, je nachdem zu dem Vertrage eine Tradition bereits hinzugetreten ist, oder nicht. Liegt eine Tradition vor, so ist damit das Rechtsverhältniß verwickelter und giebt zu einer Reihe von Fragen Veranlassung; ist jenes nicht der Fall, so ist das Rechtsverhältniß insofern einfach, als alle Schwierigkeit sich auf die eine Hauptfrage reduciren läßt: ist der obligatorische Vertrag vor erfolgter Anmeldung perfect und damit klagbar?

Nach bekannten Rechtsgrundsätzen setzt jede Tradition zu ihrer Gültigkeit eine justa causa voraus, worunter man die geschäftliche Umgebung eines äußerlichen Factums verstehen kann, woraus die Absicht, ein dingliches Recht einerseits zu übertragen und andererseits zu erwerben, geschlossen werden mag. Meistens wird diese Absicht aus einem obligatorischen Vertrage hervorgehen, welcher der Tradition voraufgeht, obwohl auch nicht geleugnet werden darf, daß jener Vertrag der Tradition nachfolgen oder mit ihr coincidiren könne, in welchem letzteren Falle jedoch Beides recht wohl getrennt gedacht werden kann und muß. So dient der obligatorische Vertrag des Kaufes, des Tausches, der Schenkung der Tradition als justa causa, und es fragt sich gerade, ob diese obligatorischen Verträge, wenn sie

zur Alienation des städtischen Grundeigenthums führen sollen, vor erfolgter Anmeldung bei der ordentlichen Stadtobrigkeit perfect und bindend sind, so daß aus ihnen auf Erfüllung oder Entschädigung geklagt werden könne.

Die Beantwortung der aufgeworfenen Frage ist eben so schwierig, als sie wichtig ist. Drei verschiedene Ansichten will ich der Untersuchung voraufschicken:

I. Nach der einen Ansicht soll der obligatorische Vertrag vor der Anmeldung noch nicht perfect sein und erst durch die erfolgende Anmeldung zur Gültigkeit und Klagbarkeit gelangen.

II. Dieser Behauptung tritt die zweite Ansicht geradezu entgegen, nach welcher die Gültigkeit und Klagbarkeit des obligatorischen Vertrags ohne Rücksicht auf erfolgte Anmeldung angenommen wird.

III. Nach einer dritten Ansicht soll die erste Ansicht Billigung verdienen nach der Verordnung vom 26. Januar 1753 für die fünf Städte Göttingen, Eimbeck, Hameln, Northeim und Osterode, dagegen die zweite Ansicht, wenn das Grundeigenthum der übrigen Städte in Frage steht, dessen Rechtsverhältnisse nur durch die früheren Verordnungen regulirt werden.

Die erste Ansicht findet sich ausgesprochen in einem Erkenntnisse des Stadtgerichts der Königlichen Residenzstadt Hannover vom 15. September 1841 in Sachen Heinemann c. Bram Herz. In demselben Rechtsstreite hat die Königliche Justiz-Canzlei zu Hannover durch den Bescheid vom 14. Junius 1841 sich zu der dritten Ansicht bekannt. Die zweite Ansicht finde ich nirgends ausgesprochen, doch halte ich sie für die richtige.

Vielfach ist auch die aufgeworfene Frage ohne weitere Berücksichtigung der Verodnung vom 26. Januar 1753 beantwortet.

Meißner versucht zu zeigen, daß die früheren Verordnungen die Klagbarkeit des obligatorischen Vertrages durch Anmeldung bedingten, und behauptet daneben, daß diese Ansicht auch vom Magistrate der Altstadt Hannover von jeher befolgt worden sei [1]). Dieselbe

---

[1]) Meißner. Beiträge zur Kenntniß der Verfassung der Königlichen Residenzstadt Hannover. Beitrag II. — Es mag sein, daß, wie dieser Schriftsteller bezeugt, die von ihm vertheidigte Ansicht vom Magistrate befolgt ist; es versteht sich dieses beinahe von selbst, wenn man neben der Auflassung die Vorschrift unserer Verordnungen Platz greifen ließ. Dann bedingte die Anmeldung die Klagbarkeit der obligatorischen Ver-

Ansicht sprach auch die Königliche Justiz=Canzlei zu Hannover aus in Sachen Behr c. Maasch in ihren Erkenntnissen vom 14. December 1826 und 12. April 1824. [2]) Die entgegenstehende Ansicht findet sich in den Entscheidungsgründen eines von der Juristenfacultät zu Jena in derselben Sache gesprochenen Erkenntnisses ausführlicher vertheidigt.

Außer Meißner ist mir kein Schriftsteller bekannt, welcher die aufgeworfene Frage einer näheren Prüfung unterworfen hätte. *)

§. 29.

1. Fortsetzung. — Insbesondere über die dritte Ansicht.

Die unter III aufgestellte Ansicht erscheint offenbar als eine Mittelmeinung, weshalb man sich veranlaßt sehen möchte, wie dieses sehr häufig zur Abweisung von Mittelmeinungen geschieht, dieselbe durch besondere Gründe, welche ganz unabhängig sind von den Gründen, die für die eine oder die andere der beiden Hauptansichten streiten, zu bekämpfen. Dieses will ich jedoch nicht versuchen, weil ich überzeugt bin, daß dieses Verfahren hier zu einem genügenden Resultate nicht führen werde.

Nur ein Punct mag an diesem Orte näher berührt werden, um ihn als einen solchen darzustellen, der, obwohl er von beiden Seiten angezogen wird, für beide Seiten nichts zu beweisen fähig ist. Derselbe hat eine äußere Natur und beruht darauf, daß in der Verordnung vom 26. Januar 1753 ausdrücklich gesagt wird, die früheren Verordnungen sollten bestätigt, daneben vermehrt und erweitert werden, und daß nun, nachdem unter 1 die Bestätigung der früheren

---

träge, die Auflassung die Gültigkeit der Eigenthumsübertragung selbst. Uebrigens versteht es sich ohne Weiteres, daß die behauptete Praxis auf ein Fortbestehen nicht den geringsten Anspruch habe, wenn ihr ein theoretischer Irrthum zu Grunde liegen sollte. Dieser verjährt nie.

[2]) Es ergiebt sich aus dem Obigen, daß die Königliche Justizcanzlei ihre frühere Ansicht verlassen hat. Das neueste Erkenntniß liefert aber einen genügenden Beweis, daß dieses nicht ohne die umsichtigste Erwägung geschehen ist.

*) Jetzt ist aber auch in Betracht zu ziehen Benfey a. a. O. S. 5 — 16 und 18 — 23. — Die gründliche Erörterung läßt nur bedauern, daß der Verfasser die neueste Verordnung vom Jahre 1733 nicht mit in seine Untersuchung gezogen hat.

Verordnungen ausgesprochen ist, eine Reihe von Absätzen folgt, von denen der eine die hier in Betracht kommenden Worte enthält:

„Im Versäumungsfalle aber ist nicht nur ein solcher heimlicher Contract als ungültig zu cassiren, sondern es sollen auch beide Contrahenten — — — mit der Hälfte des Werths des verschwiegenen Stückes unausbleiblich bestraft werden".

Nähme man nun an, daß in den einzelnen Absätzen vom zweiten angerechnet, nach der Absicht des Gesetzgebers nur neue Bestimmungen enthalten sein sollten, so würde als eine solche auch die im dritten Satze enthaltene Bestimmung ohne Weiteres erscheinen und einen Rückschluß auf den Sinn der früheren Verordnungen zulassen. Allein daß in den folgenden Absätzen nur allein neue Bestimmungen begriffen sein sollten, sagt der Gesetzgeber nicht, weßhalb denn auch nur dann vermöge logischer Schlußfolge in den herausgehobenen Worten eine Neuerung zu finden sein dürfte, wenn die einzelnen Absätze außerdem überall keine Neuerung enthielten, was jedoch insofern allerdings der Fall ist, als dieselben nicht nur ein Retractrecht einführen, sondern auch, wie bereits oben gezeigt ist, die frühere Disposition auf den Erwerb von Todeswegen ausdehnen.

Eine unbefangene Betrachtung der Verordnung vom 26. Januar 1753 ergiebt denn auch, daß in den Absätzen von 2 an verschiedene frühere Bestimmungen nur mit besonderer Rücksicht auf die fünf Städte von neuem wiederholt und eingeschärft werden, ebenso wie dieses in der Verordnung von 1733 hinsichtlich aller Städte geschah. Als eine solche, nur wiederholte und von neuem eingeschärfte Bestimmung hebe ich hier nur die in den Absätzen der neuesten Verordnung mehrfach ausgesprochene Strafverfügung hervor, weil man aus den Worten „sondern auch" gerade umgekehrt geschlossen hat, daß der mit den Worten „nicht nur" eingeleitete Satz keine neue, sondern nur eine wiederholte Bestimmung enthalte. Diese Schlußfolgerung erscheint, von anderen Gründen abgesehen, schon deshalb nicht haltbar, weil bei ihr jedenfalls vorausgesetzt werden müßte, daß die mit den Worten „sondern auch" eingeleitete Strafbestimmung eine neue sei.

§. 30.

2. Entwickelung der richtigen Ansicht. — a. Die Dispositivworte der Verordnungen.

Um die aufgeworfene Frage richtig beantworten zu können

wird man zuvörderst auf die Dispositivworte der Verordnungen zurückgehen müssen. Diese lauten in der Verordnung vom 6. October 1712 folgendermaßen:

„Daß von nun an überall keine bürgerliche Häuser — — — veräußert, verkaufet, vertauschet, versetzet, denen Töchtern in dotem mitgegeben, oder sonsten einiges jus in re, unter was vor einem Vorwand auch solches geschehen mag, transferirt werden solle, mit dem Anhange, daß alle solche heimliche gegen diese unsere gnädigste Verordnung vorgenommene actus alienationis, wenn auch solches gleich etliche Jahre nachher an den Tag käme für Null, nichtig und ungültig erkläret, cassiret und gänzlich aufgehoben, und sowohl derjenige, welcher das Stück also heimlicher Weise transferiret, als derjenige, welcher solches an sich bringt, ein jeder mit der Hälfte des Werths des also veräußerten Stücks bestraffet — — werden solle".

Also nichtig sollen sein die actus alienationis, welche gegen die Vorschrift der Verordnungen ohne Anmeldung vorgenommen werden. Was heißt nun actus alienationis? Die Antwort ertheilt die

L. 1. C. *de fundo dotali* (5. 23.)

„Est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur".

Nimmt man hierzu noch, daß nach den Bestimmungen der L. ultima C: *de rebus alienis non alienandis* (4. 51.) auch dann eine Alienation vorliegt, wenn ein Usus fructus oder andere Servituten, Pfandrechte oder eine Emphyteuse constituirt werden, so kann man unter actus alienationis jedes Rechtsgeschäft verstehen, wodurch entweder Eigenthum übertragen oder jura in re am Eigenthume transferirt werden.

Ein solches Rechtsgeschäft ist aber sicherlich nicht der obligatorische Vertrag, da durch ihn kein Recht an der Sache, welche den Gegenstand der Obligation bildet, erworben wird.

L. 3. pr. D. *de oblig. et act.* (44. 7.)

„Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum“.

Der Kauf, der Tausch, die Schenkung übertragen nicht Eigenthum, sondern verpflichten nur zur Eigenthumsübertragung. Deshalb sind jene obligatorischen Verträge auch keine actus alienationis.

L. 35. D. *de acq. rerum dom.* (41. 1.)

„. . . non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio“.

Die Ausdrücke „venditio, donatio u. s. w.“ im Gegensatze von „alienatio“, „Kauf, Schenkung u. s. w.“ im Gegensatze von „Veräußerung“, welche im rechtlichen Verstande streng von einander zu scheiden sind, werden jedoch aus leicht begreiflichen Gründen im Sprachgebrauche des gemeinen Lebens nicht so streng aus einander gehalten. So werden die ersteren Ausdrücke keinesweges selten gebraucht, wenn auch zu den obligatorischen Verträgen eine Tradition hinzugetreten ist, und somit eine Veräußerung vorliegt; auch ist dieser Sprachgebrauch heutiges Tages ebenso gewöhnlich wie bei den Römern [1]. Andererseits darf auch wohl angenommen werden, daß die letzteren Ausdrücke gebraucht werden, wo eigentlich nur allein die ersteren Ausdrücke Platz finden könnten [2]. Doch ist diese Verwechslung gewiß viel seltener als die erste.

---

[1]) Er findet sich in den römischen Rechtsquellen in der Bezeichnung der Titel, welche zur Ersitzung führen, indem es ganz bekannt ist und sich ohne Weiteres versteht, daß, wenn es heißt: pro emtore, pro donato u. s. w. stets hinzugedacht werden muß, es sei zu den obligatorischen Verträgen die Tradition hinzugekommen; außerdem findet er sich in vielen andern Gesetzesstellen, von denen ich nur die

L. 1. pr. Th. C. *de revoc. donat.* (8. 13.)

„Vendita, donata, mutata, in dotem data, caeterisque causis legitime alienata“

aus dem Grunde hervorhebe, weil sie mit den Worten unserer Verordnungen einige Aehnlichkeit hat.

[2]) Auf eine solche Verwechslung weiset hin die

L. 67. pr. D. *de Verb. Signif.* (50. 16.)

„Alienatum non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet: venditum tamen recte dicetur“.

Von dieser uneigentlichen Bedeutung des Ausdrucks alienatio darf aber bei Interpretation unserer Verordnung schon um deswillen keine Rede sein, weil sie die actus alienationis mit der Translation der jura in re gleich erklärt und Niemand bezweifeln wird, daß durch den obligatorischen Vertrag dingliche Rechte am Grundeigenthume nicht transferirt werden.

Wenn es in der Verordnung heißt:

„veräußert, verkauffet, vertauschet, versetzet, denen Töchtern in dotem mitgegeben, oder sonsten einiges jus in re transferiret werden solle“,

so muß man freilich bekennen, daß der Gesetzgeber sich hier keinesweges so ausdrückt, wie es den Regeln der Logik angemessen sein dürfte; allein Irrthum darf dieses nicht veranlassen, da schon die Worte „sonsten einiges jus in re“ mit Bestimmtheit darauf hinweisen, daß der Gesetzgeber der Ausdrücke „verkauffet, vertauschet“, welche doch nur allein möglicherweise einen Zweifel erregen könnten, sich im Sinne des täglichen Lebens bedient habe. Was damit gesagt sein sollte, geht genügend aus der Verordnung vom 23. Januar 1753 hervor, wenn es hier heißt:

„Alle die, welche dergleichen Güter resp. veräußern oder an sich bringen werden, es mag solches quocunque titulo geschehen ....“ *)

Diesem Allen nach muß angenommen werden, daß die angezogene Verordnung nicht den obligatorischen Vertrag, sondern nur die Translation der dinglichen Rechte selbst durch Anmeldung in ihrer Wirksamkeit bedinge, da nur diese, nicht aber jene Rechtsgeschäfte unter den vom Gesetzgeber mehrfach gebrauchten Ausdrücken „actus alienationis, alienationes“ verstanden werden kann.

Betrachtet man nun die späteren Verordnungen, so wird in denselben nur geredet von heimlicher Alienation, vom Ansichbringen und Besitzen städtischer Grundstücke, vom Veräußern und Ansichbringen, es möge solches quocunque titulo geschehen, vom erhaltenen Besitze der Erbschaft. Alle diese Ausdrücke, das Zurücktreten der verschiedenen Titel im Gedanken und in den Worten des Gesetzgebers weisen mit Bestimmtheit darauf hin, daß der Gesetzgeber nicht

*) Vergleiche jetzt auch Benfey a. a. O. S. 10 flgde.

den obligatorischen Vertrag, sondern die Constitution der dinglichen Rechte selbst und den durch die Tradition herbeigeführten Zustand vor Augen gehabt habe [3]).

§. 31.

b. Allgemeinere Gründe. — Ratio legis. Analogie der gerichtlichen Auflassung.

Dem auf diese Weise gewonnenen Resultate stehen jedoch einige, aus den Verordnungen selbst zu entnehmende Bedenken entgegen, welche es sehr räthlich erscheinen lassen, die Betrachtung nach allen Seiten hin auszudehnen, um auf diese Weise noch neue Gründe für jenes Resultat zu gewinnen.

Auch hier will ich zuvörderst wieder die ratio unserer Verordnungen in Betracht ziehen. Der Gesetzgeber wollte bezwecken, daß die Veränderung des städtischen Grundeigenthums nicht heimlich geschehe, sondern mit einem bestimmten Grade von Oeffentlichkeit verbunden werde, damit hierdurch sowohl das Interesse der Städte wegen Abgaben, als auch das dritter Personen mehr gesichert werde. Ist es nun zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich, daß der obligatorische Vertrag in seiner Wirksamkeit an eine Anmeldung gebunden wird? Sicherlich nicht; denn wenn die Tradition eines Grundstücks ohne voraufgegangene Anmeldung wirkungslos erscheint, so ist damit das Interesse der Städte wie einzelner Privatpersonen vollständig gewahrt. Der Verkäufer bleibt nach wie vor Eigenthümer, obwohl er tradirte, von ihm fordert die Stadt nach wie vor die städtischen onera, er ist ferner Privatpersonen gegenüber in Ansehung der das Grundeigenthum betreffenden Rechtsverhältnisse nach wie vor berechtigt und verpflichtet.

Der Gesetzgeber kann freilich die Gültigkeit des obligatorischen Vertrages durch die Anmeldung bedingen, um dadurch den Contrahenten ein um so gewichtigeres Motiv zu geben, dasjenige zu thun, was der gesetzlichen Vorschrift gemäß ist. Allein da auf dem weniger

---

[3]) Auch darf noch bemerkt werden, daß das Ausschreiben vom 6. October 1712 (§. 2) von der ersten Verordnung sagt, sie handele von der Veräußer- und Alienirung der bürgerlichen Immobilen, und auch die späteren Verordnungen sich gleicher oder doch ähnlicher Ausdrücke bedienen.

strengen Wege der Zweck vollkommen eben so gut erreicht wird als auf dem strengeren Wege, vorausgesetzt daß die Unterthanen die gesetzliche Vorschrift befolgen, so kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, der Gesetzgeber habe den strengeren Weg eingeschlagen, weil dieser unter der Voraussetzung, daß das zum intendirten Zwecke Erforderliche von den Unterthanen nicht geschehen werde, als Motiv zum Handeln dienlich erscheinen mag. Dieses darf aus einem doppelten Grunde nicht geschehen, theils weil im Zweifel stets anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber die individuelle Freiheit zum Handeln so wenig als möglich zu beschränken beabsichtige, theils weil der strengere Weg, wie die tägliche Erfahrung ergiebt, nur zu leicht dahin führt, daß Treue und Glauben, worauf der tägliche Verkehr beruht, über den Haufen fallen. Wer aus dem verworfenen Grunde das Gegentheil behaupten wollte, der könnte eben so gut argumentiren, jedes Strafgesetz sei auf das Schärfste zu interpretiren, weil angenommen werden müsse, es werde der Zweck des Gesetzgebers um desto sicherer erreicht werden, je härter die Strafe, mit welcher eine bestimmte Handlung oder Unterlassung bedroht werde, sich darstelle.

So viel über die ratio des Gesetzes, welche hiernach sicherlich nicht dazu dienen kann, irgend einen Zweifel gegen die Erörterung des §. 30 hervorzurufen *).

Im Verlaufe dieser Abhandlung ist auf das Verhältniß, in welchem die Vorschrift unserer Verordnungen zu den deutschrechtlichen Grundsätzen der Auflassung steht, bereits wiederholt hingewiesen. Auch hier mag dieses geschehen. Nach dem deutschen Rechte der gerichtlichen Auflassung bezog sich der Grundsatz der Oeffentlichkeit nur auf die Begründung des dinglichen Rechts, nicht auf den obligatorischen Vertrag. Dieses folgt schon nach allgemeinen Gründen aus der Natur der Auflassung, es ergiebt sich aus den Vorschriften des Sachsenspiegels [1], und wird von den angesehensten Germani=

*) Siehe jetzt auch Benfey a. a. O. S. 14. 15.

[1]) Buch I. Titel 9.

sten als unzweifelhafter Grundsatz aufgestellt [2]). Darf man nun annehmen, daß der Gesetzgeber, indem er durch seine Vorschrift denselben Zweck erstrebte, welcher durch das Institut der gerichtlichen Auflassung erreicht wurde, im Allgemeinen dieses Institut vor Augen hatte, so liegt die Annahme wahrlich sehr nahe, daß er auch in diesem Puncte die gemeine Theorie der Auflassung auffaßte und nicht unnöthigerweise in Beschränkung der Freiheit der Unterthanen weiter ging, als das Vorbild, dem er seine Vorschrift als Surrogat nachbildete, dieses schon that [3]).

§. 32.

c. Speciellere, aus einzelnen Bestimmungen der Verordnungen entnommene Gründe.

Die im vorhergehenden Paragraphen angestellten Betrachtungen haben einen allgemeineren Charakter und können schon deshalb nicht so sehr auf die Ueberzeugung einwirken, als dieses meines Erachtens durch die Erwägung der nun folgenden Gründe geschehen muß, welche eine viel individuellere Natur haben, aus den Verordnungen selbst abfließen, und meiner festen Ueberzeugung nach, so streng beweisen, daß man die entgegenstehende Behauptung nicht vertheidigen kann, ohne dem Gesetzgeber ein Mißverstehen der Verhältnisse und die größte Inconsequenz vorzuwerfen, welches nach be-

---

2) Eichhorn Einleitung §. 175 (der 4. Auflage.) Rechtsgeschichte Bd. II. §. 225 (der 4. Auflage.) — Maurenbrecher deutsches Privatrecht. Bd. I. § 225 (der 2. Auflage.) — Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts. Bd. I. §. 161 (der 5. Auflage.)

3) An diesem Orte mag die Bemerkung ihren Platz finden, daß, wenn es im Zelleschen Stadtrecht Titel 9 §. 6 (§. 14 dieser Abhandlung) heißt: es solle ein verkauftes stadtpflichtiges Gut dem Käufer vor Gerichte aufgelassen werden, bei Vernichtung des Contracts, hieraus nicht gefolgert werden dürfe, es sei der obligatorische Vertrag vor der Auflassung nicht klagbar, oder nichtig, sondern höchstens nur soviel, daß der Kaufcontract rückwärts vernichtet werden solle, wenn vor erfolgter Auflassung das verkaufte stadtpflichtige Gut dem Käufer eigenthümlich außergerichtlich übergeben werde. — Zu vergleichen ist, was den Gerichtsgebrauch in Ansehung dieser Bestimmung betrifft, Hagemann Zellesches Stadtrecht. S. 99 und 100 Note 9.

kannten Interpretationsgrundsätzen immer nur im höchsten Nothfalle geschehen darf.

I. Der Gesetzgeber erklärt nicht nur die gegen den Inhalt der Verordnungen vorgenommenen „actus alienationis“ für null und nichtig, sondern er knüpft auch an die Uebertretung der Vorschrift eine sehr hohe Geldstrafe, indem jeder der Contrahenten mit der Hälfte des Werths des veräußerten Objects bestraft werden soll. Diese Strafbestimmung wird in den späteren Verordnungen mehrfach wiederholt. Auch in der neuesten Verordnung vom 26. Januar 1753 schärft der Gesetzgeber dieselbe wieder ein, indem er im dritten Absatze sich dahin ausspricht, es solle nicht nur der heimliche Contract als ungültig cassirt, sondern auch jeder der Contrahenten mit der Hälfte des Werths des verschwiegenen Stücks bestraft werden.

Es muß nun aber derjenige, welcher unter „actus alienationis“, so wie unter dem in der neuesten Verordnung gebrauchten Ausdrucke „heimlicher Contract“ den obligatorischen Vertrag z. B. den Kauf versteht, sich offenbar zu der ferneren Behauptung bequemen, daß, wenn zwei Personen über städtisches Grundeigenthum einen Kauf abschließen ohne denselben sofort anzumelden, dieser Vertrag nicht nur nichtig sei, sondern auch beide Contrahenten ohne alle weitere Rücksicht, ob in Folge des Kaufs eine Veräußerung wirklich Statt gefunden hat, oder nicht, mit der festgesetzten Strafe belegt werden müßten.

Das hier Platz greifende Argument ist sicherlich das schärfste **argumentum ab absurdo**. Wenn zwei Personen über Ankauf eines städtischen Grundeigenthums contrahiren, ganz einig sind, später aber aus guten Gründen mit übereinstimmendem Willen vom Kaufe wieder zurücktreten, was kann man ihnen zum Vorwurfe machen? Den Nachtheil, welchen der Gesetzgeber abwenden wollte, sie führen ihn gewiß nicht herbei. Und dennoch müßte sie die Strafe treffen. Dritte Personen haben daneben noch ein Interesse dieses zur Anzeige zu bringen, da ihnen die Hälfte der Strafe zufallen soll. Gewiß, ein Gesetzgeber, welcher solche Bestimmungen geben könnte, würde seine Unkenntniß menschlicher Zustände und Verhältnisse glänzend zur Schau tragen.

Wer aber auf den ersten Anblick sich versucht fühlen möchte, diesem **argumento ab absurdo** dadurch zu entgehen, daß er annähme, nichtig sei der obligatorische Vertrag, aber nicht strafbar,

strafbar sei nur die Uebertragung des dinglichen Rechts, wird doch wohl bald bei ernsterer Ueberlegung, wenn er überhaupt dem Gesetzgeber Consequenz zutraut und selbst auf diese nicht verzichten will, sich sagen müssen, daß er auf diese Weise nicht nur auf die willkürlichste Art gegen den Zusammenhang der Worte verstoße, sondern auch durch dieses Verfahren nach allen Seiten hin in Widersprüche sich verwickele.

II. Allein nicht nur ein solches Mißverstehen menschlicher Zustände und Bedürfnisse muß man dem Gesetzgeber vorwerfen, wenn man behauptet, daß er die Gültigkeit des obligatorischen Vertrages an Anmeldung gebunden habe, sondern auch eine Inconsequenz, welche man beispiellos nennen möchte. Dieses Letztere sogar aus einem dreifachen Grunde:

1) Wenn man die Ansicht vertheidigt, daß die Klagbarkeit des obligatorischen Vertrages durch Anmeldung bedingt sei, so geht man von der Voraussetzung aus — und muß auch nothwendigerweise davon ausgehen — daß vor erfolgter Anmeldung noch gar kein Vertrag vorhanden sei, und somit auch nichts, woraus geklagt werden könnte. Diese Voraussetzung wird verschieden bezeichnet: es seien vor der Anmeldung nur Unterhandlungen vorhanden wie im Falle der L. 17. C. *de fide instrumentorum*, kein Vertrag [1]); es lägen vor der Anmeldung nur unverbindliche Punctationen vor, von denen es jedem Contrahenten freistehe, einstweilen wieder zurückzutreten [2]); es komme der Vertrag erst mit dem Augenblicke der Anmeldung zur Perfection [3]). Allen diesen Ausdrücken liegt jedoch ein und derselbe Gedanke zu Grunde, daß nämlich vor erfolgter Anmeldung kein bindender Vertrag, sondern nur unverbindliche Tractaten vorliegen.

Mit dieser Voraussetzung ist es aber schlechterdings unvereinbar, daß, wie bereits früher (§. 24) gezeigt worden ist, die vorgeschriebene Anmeldung, wenn sie eine Eigenthumsübertragung betrifft, auch einseitig

---

1) Meißner a. a. O.

2) Worte des oben angezogenen Canzlei-Erkenntnisses in Sachen Behr c. Maasch.

3) Worte des oben angeführten Erkenntnisses des Stadtgerichts zu Hannover in Sachen Heinemann c. Herz.

erfolgen kann. Durch diese soll nun nach der entgegenstehenden Ansicht ein gültiger, klagbarer Vertrag entstehen. Dieses ist nicht denkbar, weil durch eine einseitige Handlung Punctationen sich nie in einen Vertrag verwandeln; denn eben darin besteht das Charakteristische jedes Vertrages, daß der Wille zweier Individuen sich in einem Puncte vereinigt, und somit eine Uebereinstimmung zweier Willen entsteht. Man beruft sich hier auf die bekannte L. 17. C. *de fide instrumentorum.* Hat nun wohl irgend ein Schriftsteller die Behauptung gewagt, daß dadurch, daß einer der Contrahenten einen Contract unterschreibt, dieser aus dem Gebiete unverbindlicher Punctationen heraustrete, perfect werde und Klagen hervorrufe?

Dagegen läßt sich der Umstand, daß die Anmeldung auch einseitig mit Wirksamkeit erfolgen kann, sehr wohl mit der Ansicht vereinigen, daß nur die rechtsgültige Uebertragung des dinglichen Rechts selbst durch die Anmeldung bedingt sei; denn alsdann haben wir einen, nach allgemeinrechtlichen Voraussetzungen gültigen und bindenden obligatorischen Vertrag; die Anmeldung soll auch nicht die Tradition ersetzen, wozu sie, als einseitiger Act aufgefaßt, nicht fähig wäre, da die Tradition ein zweiseitiges Geschäft ist, weil sie Vertragsnatur an sich trägt; sie soll nur die Tradition in ihrer Wirksamkeit b e d i n g e n, als Mittel dienen, wodurch die beabsichtigte Uebertragung des dinglichen Rechts zur öffentlichen Kenntniß gelangen kann. In dieser Beziehung kommt Alles nur darauf an, daß der Act überhaupt glaubwürdig ist.

2) In der Verordnung vom 26. Januar 1753 wird ratione praeteriti geordnet, daß diejenigen, welche stadtpflichtige Güter quocunque titulo an sich gebracht hätten und besäßen, dieses anmelden sollten. Ein ähnlicher Befehl findet sich in der Verordnung vom 13. Januar 1733. — Auch mit diesen Anordnungen ist die Voraussetzung, daß vor erfolgter Anmeldung nur Tractaten, bloße Unterhandlungen, kein Vertrag vorhanden sei, nicht wohl vereinbar, weil ja dann angenommen werden müßte, der Gesetzgeber habe durch seine Bestimmung Verträge hervorrufen wollen, wo überall noch nichts Bindendes unter den Contrahenten existirte; oder auch — im Widerspruche mit den bestimmtesten Vorschriften und der Hauptbestimmung unserer Verordnungen — ein aus Gründen des öffentlichen Wohls gemißbilligter Vertrag, könne der Tradition als justa causa dienen und ihr Gültigkeit verleihen. Wer möchte sich hierzu verstehen, wer nicht lieber annehmen, der Gesetzgeber habe den

obligatorischen Vertrag für wirksam gehalten, weil er durch Anmeldung die Gültigkeit desselben nicht bedingt hatte. Dann läßt sich seine Bestimmung recht wohl erklären; es liegt ein gültiger Vertrag vor, in Folge dessen Uebertragung des Eigenthums gefordert werden kann; die erfolgte Uebertragung des Eigenthums ist freilich nichtig, weil eine Anmeldung nicht erfolgt war; wird diese nun aber nachgeholt, so mag die frühere Tradition Gültigkeit erlangen. Hierdurch wird Niemand verletzt, da aus dem bindenden Vertrage jedenfalls auf wiederholte Tradition gedrungen werden mochte.

3) Wo möglich noch gewichtiger als alle andern Gründe ist der folgende. Es bestimmt nämlich die Verordnung vom 26. Januar 1753 sub №. 8, daß, wenn auch die erforderliche Anmeldung des Verkaufes stadtpflichtiger Grundstücke unterlassen sei, dennoch es jedem Bürger frei stehen solle, binnen 30 Jahren a dato des Verkaufs das eingeführte jus retractus gegen den Käufer oder dessen Erben oder quemlibet alium possessorem des alienirten Grundstücks auszuüben. — Wie es möglich sein sollte, mit dieser Bestimmung die Voraussetzung zu reimen, daß vor der Anmeldung des obligatorischen Vertrages, z. B. des Kaufes, überall noch kein Vertrag, kein Kauf, vorhanden sei, vermag ich wenigstens nicht einzusehen. Die Möglichkeit der Ausübung eines Näherrechts wird dadurch doch wohl jedenfalls bedingt, daß ein bindender Vertrag, ein Kauf vorliegt. Dieses folgt schon aus dem Begriffe des Näherrechts, da es in der Berechtigung besteht, in einen mit einem Nichtgenossen abgeschlossenen Vertrag einzutreten. Der Näherberechtigte zahlt den Kaufpreis und nimmt die Stelle des Käufers ein. Wie kann aber von einem Kaufpreise, von einem Käufer die Rede sein, wo ein Kaufcontract überall noch nicht vorliegt?

Es folgt aus der angeführten Bestimmung mit Nothwendigkeit, daß der Gesetzgeber nur die Wirksamkeit der Eigenthumsübertragung, nicht aber die Klagbarkeit des obligatorischen Vertrages durch Anmeldung bei der städtischen Obrigkeit habe bedingen wollen. Dann erklärt sich Alles leicht. Es liegt ein gültiger Vertrag vor, in welchen ein Dritter eintreten kann; hinzukommt, daß das Grundstück dem Corporationsvermögen der Genossenschaft entfremdet wird. Hierdurch tritt die Befugniß zum Retrahiren ins Leben und zwar von dem Tage an, an welchem der Verkauf abgeschlossen wurde. Dieses Letztere sagt die Verordnung selbst. Wie hätte sie aber so

reden können, da sie doch voraussetzt, daß der Kaufcontract nicht angemeldet sei, wenn vor erfolgter Anmeldung von einem Kaufe und Verkaufe gar nicht geredet werden könnte.

§. 33.

d. Widerlegung der Gegengründe. — aa. Die in den Verordnungen erwähnte Clausel.

Die im letzten Paragraphen vorgetragenen Gründe habe ich nirgends auch nur angedeutet gefunden. Sie stellten sich mir erst in ihrer Schärfe entgegen, nachdem ich unsere Verordnungen unter den verschiedensten Gesichtspuncten betrachtet, und lange über die Beantwortung der in Erörterung stehenden Frage geschwankt hatte. Mögen sie — dieses wünsche und hoffe ich — auch andere zu der Ueberzeugung leiten, daß sie in Verbindung mit den übrigen Gründen ein solches Gewicht enthalten, welches es rechtfertigen könnte, etwaige Gegengründe auf jede nur irgend zulässige Weise aus dem Wege zu räumen, selbst wenn dieses nur thunlich sein sollte, um mit dem Kaiser Justinian zu reden „subtili animo". Doch ist ein solches Verfahren meiner Ansicht nach nicht einmal nöthig.

Der gedachten Gegengründe giebt es zwei:

I. Der erste derselben wird aus der zweiten Verordnung vom 13. Januar 1733 entnommen, wo gesagt wird, daß Jedermann, welcher über bürgerliche Grundstücke Contracte schließe, die ein jus in re conferiren, der Verordnung vom 6. October 1712 nachleben solle, und die Advocaten und Notare, welche von den Contrahenten zur Auffetzung derer Contracte gebrauchet werden, die Contrahenten ihrer Schuldigkeit wegen Anmeldung dieses negotii bei der Obrigkeit erinnern und denen Contracten die Clausul einfließen lassen sollten, daß solche nicht eher als nach geschehener solcher Anmeldung gültig sein sollen.

Aus dieser Bestimmung folgert man nun, daß der obligatorische Vertrag vor der erfolgten Anmeldung ungültig sein müsse, indem nur unter dieser Voraussetzung die Angemessenheit der Clausel sich erkläre. Diese Vorschrift erscheine dann als eine nur heilsame und dem Geiste der Zeit entsprechende Vergewisserung der rechtsunkundigen Contrahenten über den Anfang der Gültigkeit des Vertrages. — Im concreten Falle können diejenigen, welche so interpretiren,

natürlich nicht darauf sehen, ob jene Clausel gerade einmal zur Anwendung gebracht worden sei. Sie werden stets Klaglosigkeit des obligatorischen Vertrages behaupten, gleichviel, ob der Contract schriftlich oder mündlich, unter Zuziehung von Notaren und Advocaten oder ohne dieselben, unter Einrückung der gedachten Clausel oder ohne dieselbe geschlossen ist, da sie ja voraussetzen, daß schon aus andern Gründen die Ungültigkeit des Vertrages ohne Anmeldung feststehe, und die Clausel nur dazu dienen soll, die rechtsunkundigen Contrahenten über die anderweite gesetzliche Vorschrift zu vergewissern.

Man würde diese Interpretation der Clausel eine durchaus richtige und scharfsinnige nennen müssen, wenn nur für die Voraussetzung genügende Gründe vorlägen, daß der Gesetzgeber die Gültigkeit des obligatorischen Vertrages durch Anmeldung bedingt habe, indem alsdann diese Interpretation zur Bestätigung jener Ansicht sehr wohl dienen könnte. Solche Gründe fehlen nun aber gänzlich, vielmehr führen die allerdringendsten Momente zu der Ansicht hin, daß nur die Uebertragung des dinglichen Rechts selbst in ihrer Wirksamkeit durch die Vorschrift unserer Verordnungen bedingt worden sei. Beachtet man nun ferner, daß die Anordnung jener Clausel offenbar als eine Nebenbestimmung erscheint — was sich schon, abgesehen von inneren Gründen, aus dem mehr äußeren Grunde ergiebt, daß in der ersten Verordnung von derselben eben so wenig die Rede ist, als in den späteren — welche einen zufälligen Charakter an sich tragen kann; ferner, daß es nicht für zuläßig erachtet werden kann, aus einer Nebenbestimmung die entgegenstehende Hauptbestimmung zu erklären, wohl aber neben jene Hauptbestimmung die Nebenbestimmung mit dem Charakter einer Abweichung von der Regel hinzustellen, so ergiebt sich, daß jene Interpretation möglicherweise dazu dienen kann, einen Grund, welcher aus dieser Bestimmung für die hier vertheidigte Ansicht hergenommen werden sollte, zurückzuweisen, nie aber, um diese Ansicht zu widerlegen und die entgegenstehende Behauptung zu begründen.

Allerdings ist auch versucht worden, aus der angezogenen Bestimmung ein Argument für die hier vertheidigte Ansicht zu entnehmen, indem man behauptet hat, wenn der Gesetzgeber beabsichtigt habe, die Klagbarkeit des obligatorischen Vertrages von der vorgeschriebenen Anmeldung abhängig zu machen, so stelle sich die Clausel insofern

als unangemessen dar, als die Concipienten unter dieser Voraussetzung hätten angewiesen werden müssen, den Contracten die Bemerkung hinzuzufügen, daß nach ausdrücklicher gesetzlichen Vorschrift dieselben erst mit der Anmeldung Gültigkeit erlangten, nicht aber die Clausel, daß sie nicht früher Gültigkeit erlangen sollten.

Diese Erklärung würde, meines Ermessens nach, nur im Falle der Noth als eine Vereinigung subtili animo im Sinne Justinians gebilligt werden können, da der unbedingte Befehl an die Concipienten der Contracte, jene Clausel einzurücken, einen gewiß beispiellosen Eingriff in die Freiheit der Contrahenten enthalten würde, einen Eingriff, der auf keine Weise genügend erklärt zu werden vermöchte. Der Gesetzgeber sollte zur Erreichung seines Zweckes es für genügend erachten, daß nur die Uebertragung des dinglichen Rechts selbst an die Anmeldung gebunden werde und dennoch weiter gehen als der Zweck dieses erforderte! Es sollte die ganze weitere Beschränkung von dem zufälligen Umstande abhängig gemacht worden sein, daß die Contrahenten sich bei ihren Contracten der Advocaten und Notare bedienen! Es wird bei dieser Erklärung doch sicherlich ein zu großes Gewicht gelegt auf den bloßen Gegensatz einer sich von selbst verstehenden gesetzlichen Vorschrift und der durch eine Clausel hervorgerufenen Bestimmung, oder mit andern Worten auf den vom Gesetzgeber gebrauchten Ausdruck „Clausel."

Eine dritte Interpretation der angezogenen Bestimmung geht dahin, daß den Concipienten der Contracte nur zur Pflicht gemacht sei, die Contrahenten wegen Anmeldung der Contracte bei den Magistraten zu erinnern, nicht aber den von ihnen concipirten Contracten die Nullitätsclausel allgemein einzurücken. Das Letztere solle nur geschehen, wenn die Parteien sich darüber einverstanden erklärten, daß der Contract vor erfolgter Anmeldung nicht gültig sein solle. Daneben beruft man sich denn darauf, daß nach der Hauptbestimmung der Verordnungen nur die Alienation selbst null und nichtig sein solle.

Diese Interpretation soll nicht eigentlich dazu dienen, aus jener Nebenbestimmung ein neues Argument für die obige Ansicht herbeizuziehen, sondern nur um auf diesem Wege das daraus entnommene Gegenargument zu entkräften. Sie erscheint jedoch aus einem doppelten Grunde verwerflich, theils weil hiernach angenommen werden

müßte, der Gesetzgeber habe Etwas gesagt, was sich ganz und gar von selbst versteht; theils weil das Gebot des Gesetzgebers an die Concipienten der Contracte, die Contrahenten ihrer Pflicht, die Contracte anzumelden, zu erinnern, mit dem Gebote, die Nullitätsclausel den Contracten einzurücken, in einer so durchaus engen Verbindung steht, daß es sich als reine Willkür herausstellen müßte, wenn man die beiden Sätze aus einander reißen und jeden derselben unter einen verschiedenen Gesichtspunct stellen wollte.

Ein rein formeller und schon deshalb, daneben aber auch aus anderen Gründen nicht zu empfehlender Vereinigungsversuch, würde es sein, wenn man behauptete, es komme bei Beantwortung der aufgeworfenen Frage Alles stets auf den concreten Fall an. Enthalte nämlich der von Advocaten und Notaren concipirte Contract die in Frage stehende Clausel, gleichviel ob dieses Einschalten mit oder ohne Einwilligung der Contrahenten geschehen, so sei der obligatorische Vertrag vor der Anmeldung ungültig; sei dagegen das Einrücken der Clausel von den Concipienten versäumt, oder seien jene Personen überhaupt nicht bei der Vollziehung des Contractes zugezogen, so müsse derselbe auch vor der Anmeldung als gültig betrachtet werden, wenn nämlich nicht — wie dieses sich von selbst versteht — die Contrahenten ein Anderes bestimmten.

Ich will nunmehr versuchen, eine neue Interpretation der mehrgedachten Bestimmung aufzustellen, um dadurch das scheinbare Gegenargument zu beseitigen. Ob aus derselben ein neues Argument für meine Ansicht hervorgehen werde, will ich dahin gestellt sein lassen, weil dieses bei anderen genügenden Gründen dafür gleichgültig erscheinen kann. Die Beseitigung ist jedoch nothwendig.

Ich lege bei dieser Interpretation kein besonderes Gewicht auf den, vom Gesetzgeber gebrauchten Ausdruck „clausula"; ich hebe den angedeuteten Gegensatz nicht besonders hervor; ich vermeide dadurch den oben gedachten Einwurf eines Eingriffs in die Freiheit der Contrahenten. Somit gebe ich zu, daß es ganz einerlei sei, ob der Gesetzgeber so, wie geschehen ist, redete, oder ob er bestimmte, die Concipienten sollten den Contracten die Bestimmung einfließen lassen, diese seien vor der Anmeldung ungültig, und ferner, daß der Gesetzgeber durch diese Nebenbestimmung die Contrahenten auf eine heilsame und dem Geiste der Zeit angemessene Weise über den An=

fangspunct der Gültigkeit ihrer Contracte zu vergewissern beabsichtigte. — Dieses Alles zusammengefaßt, ich behaupte, daß die Worte des Gesetzgebers nicht anders verstanden werden können, als so: die Contracte sind vor erfolgter Anmeldung ungültig.

Allerdings scheint diese Behauptung meiner obigen Ansicht auf den ersten Blick geradezu zu widersprechen; denn dort ist ja behauptet, nur die Uebertragung des dinglichen Rechts sei in ihrer Rechtsgültigkeit an die Anmeldung gebunden, ferner, der obligatorische Vertrag verpflichte nur zur einer Handlung oder Unterlassung (ad dandum faciendum, praestandum), übertrage kein dingliches Rechts an einer Sache, diene der Tradition vielmehr nur als justa causa. Eine nähere Betrachtung dürfte diesen Widerspruch jedoch vollständig aufheben. Daß der Gesetzgeber den Ausdruck „Contract" nicht in dem historischen Sinne des römischen Rechts, wonach derselbe diejenigen obligatorischen Verträge bezeichnet, denen das alte Civilrecht Klagbarkeit beilegte, genommen, sondern in einem weiteren Sinne, im Sprachgebrauche der gemeinen Theorie und des Lebens, wird wohl schwerlich Jemand bezweifeln wollen. In diesem Umfange des Ausdruckes „Contract" giebt es nun aber allerdings Verträge [1]), welche ein dingliches Recht übertragen. Wer von einem Andern ein Grundstück kauft, wird dadurch an sich nicht Eigenthümer; er wird dieses vielmehr erst durch Tradition, welcher der Kauf als justa causa dient; wer sich aber durch Vertrag ein Pfandrecht bestellen läßt, erwirbt das dingliche Recht ohne Weiteres durch den Pfandcontract. Dasselbe gilt von den übrigen dinglichen Rechten [2]).

Man wird dieses zugeben und dennoch fragen können, wie es denn nun mit der wichtigsten Art der Alienation, der Eigenthumsübertragung stehe, welche der Gesetzgeber so häufig besonders hervorhebt? ob auch diese durch einen Contract vermittelt werden könne? Ich erwiedere hierauf: durch den bloßen Vertrag kann nach den Grund-

---

[1]) Ich sage hier mit Vorbedacht nicht „obligatorische Verträge"; denn siehe von Savigny System des R. R. Bd. III. §. 140.

[2]) v. Savigny a. a. O. Allerdings ist es bestritten, ob die übrigen dinglichen Rechte durch den bloßen Vertrag erworben werden. Für unsere Untersuchung ist dieser Punct gleichgültig und deshalb nicht näher zu untersuchen. Wichtig aber ist es, daß Pfandrechte ohne alle Frage durch bloßen Vertrag entstehen, und daß unsere Verordnungen gerade die Errichtung von Pfandrechten vorzugsweise hervorheben.

säßen des römischen Rechts Eigenthum nicht übergehen, dieses setzt hierzu vielmehr nothwendig Tradition voraus; allein wenn man nicht leugnen will, daß der Ausdruck „Contract“ nicht bloß das Rechtsverhältniß bedeute, sondern auch die Contractsurkunde, wie im Sprachgebrauche der Quellen des römischen Rechts obligatio nicht nur ein Rechtsverhältniß, sondern auch die Urkunde [3]), — und wie könnte dieses geleugnet werden? — so ergiebt sich bald, daß in einem Contracte sehr häufig auch die Uebertragung des dinglichen Rechts selbst bestimmt wird. Zuvörderst schon in den Fällen, wo die Grundsätze der **brevi manu traditio** und des **constitutum possessorium** Platz greifen, wonach durch die bloße im Contracte ausgedrückte Absicht, Eigenthum übertragen zu wollen, dieses übergeht [4]); dann aber ganz besonders in den Fällen, wo gerade über die Eigenthumsübertragung Contracte aufgenommen werden (Uebergabe-Contracte).

Es folgt hieraus mit Bestimmtheit, daß es allerdings Contracte giebt, welche in directer Beziehung zur Uebertragung dinglicher Rechte, sowohl des Eigenthums als der heutzutage vorzugsweise s. g. jura in re stehen. Daß alle Contracte diese directe Beziehung haben, kann ich nicht behaupten und thue dieses auch nicht. — Sonach möchte man nun aber meiner Deduction den Einwurf machen, sie sei fehlsam, weil sie nur für einige Contracte gelte, nicht für alle, ein allgemeiner Ausdruck aber auch allgemein ohne weitere Unterschiede zu verstehen sei. Die Erwiederung auf diesen Einwurf ist durchaus sicher, weil ich sie aus unseren Verordnungen selbst entnehme. Die oben angezogenen Worte sprechen ja auch keinesweges allgemein, sondern bestimmen nur: Jedermann, welcher Contracte schließe, die ein jus in re conferiren, solle sich nach der gesetzlichen Vorschrift richten, und die Concipienten, derer sich die Contrahenten bei diesen Contracten bedienen, sollten die in Frage stehende Clausel denselben einrücken.

Nach dieser Interpretation, welche sogar die Worte des Gesetzgebers für sich hat, erscheint also die angezogene Bestimmung im vollkommenen Einklang mit den von mir vertheidigten Ansichten.

---

[3]) L. 7. C. *de non numer. pecunia* (4. 30.)

[4]) Wie häufig diese Fälle sind, ergiebt sich daraus, daß bei sehr vielen Gerichten die gedruckten Formulare zu Kaufcontracten die entsprechende Bestimmung enthalten.

Der reine obligatorische Vertrag bedarf nicht der Anmeldung zu seiner Gültigkeit, weil durch ihn ein jus in re nie conferirt wird; aber jeder Contract, insoweit er in directer Beziehung zur Uebertragung des jus in re steht und somit ein jus in re conferirt, ist ohne Anmeldung ungültig, eben weil sonst der Zweck des Gesetzgebers, die Veränderung des Grundeigenthums in seiner Totalität und den einzelnen Bestandtheilen unter eine öffentliche Beaufsichtigung zu stellen, nicht erreicht, und die gesetzliche Vorschrift, daß alle actus alienationis ohne vorherige Anmeldung null und nichtig sein sollen, überschritten würde. Meine Interpretation ergiebt sich in der That ganz von selbst, sobald man nur von der Voraussetzung ausgeht, daß der Ausdruck „Contract" ein Mehreres umfasse als den obligatorischen Vertrag. Und diese Voraussetzung ist doch, sollte ich denken, eben so unschuldig als sicher. *)

§. 34.

d. Fortsetzung. — bb. Der §. 3 der Verordnung vom 26. Januar 1753.

II. Ein zweites Gegenargument wird aus der folgenden Bestimmung der Verordnung für die fünf Städte Göttingen, Nordheim, Hameln, Einbeck und Osterode vom 26. Januar 1753 entlehnt:

„Alle die, welche nach der Publication dieser Verordnung dergleichen Güter resp. veräußern und an sich bringen werden, es mag solches quocunque titulo geschehen, sind schuldig, eine gleichmäßige Anmeldung sofort bei Schließung des Contracts, oder, wenn das Stück durch Erbschaft an sie gerathen, innerhalb dreier Monate von Zeit des erhaltenen Besitzes zu rechnen, zu verrichten. Im Versäumungsfalle ist nicht nur ein solcher heimlicher Contract als ungültig zu cassiren — — —"

Ich habe weder bei Schriftstellern noch in Acten einen Versuch gefunden, das in diesen Worten liegende scheinbare Gegenargument mit der oben vertheidigten Hauptansicht in Einklang zu bringen, wohl aber das Bestreben, dasselbe, insoweit es auf die früheren Verordnungen und deren Interpretation einwirken möchte, ganz zu entkräften. So entstand die im §. 28 angegebene Mittelmeinung, wonach

*) Vergl. jetzt auch Benfey a. a. O.

die hier vertheidigte Ansicht für das Gebiet, in welchem die Verordnung vom 26. Januar 1753 gilt, als unrichtig verworfen wird.

Daß der Gesetzgeber die Disposition der früheren Verordnungen in einem so wichtigen Puncte habe abändern wollen, ist schon an sich unwahrscheinlich und darf im Zweifel nicht angenommen werden, weil hierdurch die individuelle Freiheit der Contrahenten stärker als vorher und mehr als erforderlich beschränkt erscheinen würde. Bedenklicher wird aber jene Annahme noch, wenn man erwägt, daß die Worte der angeblich abändernden Bestimmung von den Ausdrücken, derer sich der Gesetzgeber in den früheren Verordnungen bediente gar nicht wesentlich verschieden sind. Sodann folgt aus den obigen Betrachtungen, daß alle Gründe, welche für die von mir vertheidigte Ansicht sprechen, auch für die neueste Verordnung Geltung haben, ja daß die besonderen Gründe für diese Ansicht (§ 32.) am schärfsten und umfassendsten gerade aus dieser Verordnung hervorgehen. Da nun ferner im § 29 gezeigt wurde, daß der äußere Grund, auf welche diese Mittelmeinung gestützt wird, an sich nichts beweise, und nur durch innere Gründe Bedeutung erlangen könne, so muß diese Mittelmeinung nunmehr als inconsequent verworfen werden. Ein neuer Grund gegen dieselbe wird sich aus der folgenden Deduction ergeben, weil diese, wie solches schon von vorn herein erwartet werden darf, sich auf dieselbe Basis stützen wird, worauf die richtige Interpretation im vorigen Paragraphen beruht.

Der Gesetzgeber bedient sich hier gar nicht einmal solcher Ausdrücke, wie z. B. Kauf, Tausch u. s. w., welche auf obligatorische Verträge geradezu bezogen werden könnten. Er stellt vielmehr Alles auf die Veräußerung selbst, er läßt den obligatorischen Vertrag, welcher als Titel zur Veräußerung führt, ganz in den Hintergrund treten, er berechnet sogar die Anmeldungspflicht nicht von der Zeit der angetretenen Erbschaft, sondern vom erhaltenen Besitze des ererbten Grundstückes, also der in Betreff des Grundeigenthums der That nach erfolgten Aenderung; er spricht von einem heimlichen Contracte in denselben Beziehungen, in denen die übrigen Verordnungen von heimlicher Alienation reden. Dieses Alles, daneben auch noch die Construction und der Umstand, daß eine sofortige Anmeldung verlangt wird, dürfte es vollkommen rechtfertigen, wenn man hier wie im §. 33 unter Contract nicht jeden Vertrag, insbesondere nicht den obligatorischen Vertrag, sondern nur einen solchen versteht, welcher eine directe Beziehung auf die Uebertragung des Eigenthums hat.

Alles Bedenkliche, welches diese Erklärung möglicherweise haben könnte, verschwindet, wenn man in Berücksichtigung zieht, daß sie mit der unter I. gegebenen in ihrem Grundgedanken übereinstimmt, und, wie ich bereits bemerkt habe, die Worte, deren sich der Gesetzgeber hier bedient, mit den dort gebrauchten Ausdrücken ihrem Wesen nach durchaus gleichbedeutend sind.

Wenn man diese Erklärung aber auch nicht billigt, so wird man aus der Bestimmung, daß im Falle versäumter Anmeldung der Contract als ungültig cassirt werden solle, doch höchstens nur folgern können, daß diese Ungültigkeit des obligatorischen Vertrages für den Fall eintreten solle, wenn in Folge desselben eine Alienation wirklich vorgenommen worden ist, nicht aber, daß der obligatorische Vertrag vor erfolgter Anmeldung von vorn herein nicht perfect und klaglos sei.

Ueberhaupt ist wohl zu beachten, daß die unter I. und II. gegebenen Interpretationen nicht dazu dienen sollen, um auf sie eine bestimmte Ansicht zu stützen, sondern nur um dadurch Argumente aus dem Wege zu räumen, die einer Ansicht entgegenzustehen scheinen, welche durch die gewichtigsten Gründe als die richtige sich ankündigt.

§. 35.

c. Berücksichtigung verschiedener deutscher Particularrechte.

Bei der großen Wichtigkeit der Frage, deren Beantwortung so eben versucht worden ist, wird es nicht für überflüssig erachtet werden dürfen, wenn ich die folgenden Bemerkungen dem Obigen noch hinzufüge:

I. Es ist bereits früher die Rede davon gewesen, daß die Gesetzgebung mehrerer deutschen Länder dahin gerichtet gewesen sei, den Veränderungen des Eigenthums dadurch einen gewissen Grad der Oeffentlichkeit zu verleihen, daß sie den obligatorischen Vertrag, welcher zur Uebertragung des dinglichen Rechts führt, an Anmeldung oder Bestätigung von Seiten der Obrigkeit banden [1]). Diese Ansicht entwickelte sich besonders in den Ländern, wo schwäbisches und fränkisches Recht galt [2]). Ich hebe hier folgende gesetzliche Dispositionen hervor:

---

[1]) Vergl. §. 7.

[2]) Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts. Bd. I. § 160 Note 19.

1) das pfälzische Landrecht Theil II. Titel 7 verordnet:

„daß hinfüro alle Verkäuff — — unbeweglicher Güter anders nicht — gültig sein sollen, sie seyen dann — vor jedes Orts Gerichten insinuirt und eingeschrieben, auch die Kaufbrief darüber zu fertigen und zu siegeln gebeten worden; denn so lang solches nicht geschehen, soll jeder Theil — wiederabzutreten Macht haben".

2) Das Würtemberg'sche Landrecht bestimmt Theil II. Titel 13:

„daß alle — Conträct — über liegende Gütter — vor unsern Gerichten, unter welchen die Gütter belegen seyn, innerhalb 14 Tagen — fürgebracht und durch die Gerichtsschreibere — alsbald in das Gerichtsbuch eingeschrieben werden sollen. — Und — sollen uns unsere Amptleut von jedem hierin ungehorsamen Contrahenten — Straff einziehn, und die Contrahenten nichts desto weniger zu gebührlicher Insinuation anhalten. — Da aber die Insinuation noch nicht geschehen und vor Verfließung der 14. Tage, den einen oder den andern der Contrahenten der Reukauff ankommen, soll zwar demselben von dem Contract wieder abzuweichen ohnbenommen sein; aber nach Verfließung der 14 Tage, soll keinem Theil von abgeredeten Contracten abzuspringen zu gelassen. — — —"

Die herausgehobenen Worte zeigen schon, in welcher Beziehung ich diese gesetzlichen Dispositionen hier angezogen habe. Ich will durch sie zeigen, wie ein Gesetzgeber sich ausdrückt, welcher den obligatorischen Vertrag an besondere Bedingungen knüpfen will. Durch den Gegensatz in der Fassung ergiebt sich wohl überzeugend, daß der Concipient unserer Verordnungen sich unverzeihlich dunkel ausgedrückt haben würde, wenn er beabsichtigt haben sollte, die Gültigkeit des obligatorischen Vertrages von der vorgeschriebenen Anmeldung abhängig zu machen.

II. Von nicht geringem Interesse ist es auch, daß im Herzogthume Braunschweig, welches mit dem Königreiche Hannover stets eng verbunden gewesen ist, und besonders aus älteren Zeiten her mit diesem viele gleiche oder doch sehr ähnliche Rechtsvorschriften hat, aus dem Jahre 1741 für die Städte gesetzliche Bestimmungen exi-

stiren, wodurch sanciret worden ist „daß in den Städten keine jura realia gültig constituiret und transferiret werden mögen, es sei denn, daß die gerichtliche Confirmation und Bestätigung hinzugekommen, mithind aß dergleichen Constitutiones und translationes jurium realium vor Gericht geschehen sollen, widrigenfalls das dingliche Recht an und vor sich selbst nicht gültig zu achten" [3]).

§. 36.

f. Resultate.

Es stellt sich nunmehr als festes Resultat heraus, daß der obligatorische Vertrag ohne Anmeldung perfect und klagbar sei, während dieses sich umgekehrt verhält, wenn Verträge in Frage kommen, wodurch dingliche Rechte am Grundeigenthume ohne Weiteres erworben werden. Im letzteren Falle läuft die Anmeldung, wie bereits früher angedeutet wurde, auf eine Bestellung der dinglichen Rechte vor der städtischen Obrigkeit hinaus. Wem dieses auffallend erscheint, indem er in Erwägung zieht, daß der Gesetzgeber unter dieser Voraussetzung einfacher und wohl richtiger von einer solchen Bestellung habe reden können, der möge wohl bedenken, daß jener bei seiner Disposition ganz vorzugsweise die Eigenthumsübertragung vor Augen hatte, wobei die Anmeldung von einer Bestellung des Rechts vor der städtischen Obrigkeit sehr wesentlich verschieden ist [1]).

---

[3]) Ich bemerke übrigens ausdrücklich, daß ich hier nach Fredersdorff Promtuarium der Braunschweig-Wolfenbüttelschen Landesordnungen Bd. I. S. 174 referire, da es mir nicht möglich gewesen ist, diejenigen Verordnungen, aus denen Fredersdorff nach der Anlage seiner Schrift einen wesentlichen Auszug mittheilt, selbst einzusehen.

[1]) Wenn ein Contract nicht nur einen obligatorischen Vertrag enthält, sondern daneben auch eine Bestimmung, in Folge welcher das Eigenthum übergeht (§. 33), so kann es zweifelhaft erscheinen, ob dieser Contract zu seiner Gültigkeit in allen Beziehungen die Anmeldung voraussetze, oder nur in so fern als derselbe die Uebertragung des dinglichen Rechts enthält. Beides läßt sich sehr wohl trennen, da die Verbindung beider Bestimmungen äußerlich und rein zufällig ist, weshalb ich denn mit gutem Grunde annehmen zu dürfen glaube, daß der Contract nur in so weit, als er sich auf die Constitution des dinglichen Rechts bezieht, für ungültig zu halten sei.

Sonach folgt also der obligatorische Vertrag den allgemeinrechtlichen Grundsätzen, und in so fern diese durch andere Verordnungen etwa modificirt werden, sind es doch immer diese, nicht unsere Constitutionen, welche den obligatorischen Vertrag in seiner Wirksamkeit beschränken. In dem Gebiete, wofür unsere Constitutionen gelten, erscheinen jene allgemeinrechtlichen Grundsätze über die Wirksamkeit obligatorischer Verträge durch diejenigen Verordnungen modificirt, welche im §. 4 angeführt wurden. Nach diesen Vorschriften, welche ohne Zweifel durch eine obervormundschaftliche Sorge der Staatsgewalt über die derselben unterworfenen Unterthanen hervorgerufen sind, stellt sich die gedachte Modification eben so consequent dar, als sie neben unseren Verordnungen, welche nur das Interesse **dritter** Personen bei dem für den Nationalwohlstand so wichtigen Grundeigenthume und den auf dasselbe sich beziehenden Aenderungen, welches erst hervortritt, wenn diese Aenderungen wirklich eintreten, vor Augen haben, völlig inconsequent sein dürfte.

Was nun jene Vorschriften im Einzelnen betrifft, so wird die Kalenbergsche Verordnung vom 4. April 1620, da sie sich nach richtiger Interpretation nur auf Verträge bezieht, welche Bauersleute unter einander abschließen [2]), neben unseren Constitutionen schwerlich zur Anwendung kommen, weil diese nur bürgerliches Grundeigenthum zum Gegenstande haben. — Wohl aber ist dieses mit der obengedachten Vorschrift der Lüneburgschen Polizeiordnung vom Jahre 1618 der Fall. Nur muß man sich vor der Annahme hüten, als werde hierdurch die Vorschrift unserer Constitutionen absorbirt, im welchem Falle gar kein Bedürfniß vorgelegen hätte, dieselbe auf das Fürstenthum Lüneburg auszudehnen. Dieses darf schon aus folgenden Gründen nicht geschehen:

1) weil nach der Lüneburgschen Polizei-Ordnung der Contract „bey dem Amt, der Vogtei oder dem Stadtgerichte, darunter der Contract beschlossen und vollzogen wird" anzumelden ist, nach unseren Verordnungen dagegen stets bei derjenigen städtischen Obrigkeit, welcher ein bestimmtes Grundstück mit Abgaben pflichtig ist;

---

[2]) Diese Interpretation, welche auch in neuester Zeit die Billigung des höchsten Tribunals erhalten hat, erhält gerade dadurch eine große Stütze, daß jene Verordnungen als ein Ausfluß einer gleichsam obervormundschaftlichen Fürsorge für den Bauernstand erscheinen.

2) weil nach der Lüneburgschen Polizei-Ordnung, ganz gewiß aber nicht nach unseren Constitutionen, die Anwendung der gesetzlichen Vorschrift wegfällt, wenn beide Paciscenten die bereits eingetretene Erfüllung des Vertrages eingestehen [3]).

§. 37.

3. Eventuelle Erörterungen. — a. Bestärkung der Verträge durch Conventionalstrafe, Arrha und promissorischen Eid.

Wenn die von mir vertheidigte Ansicht nicht die richtige ist, vielmehr angenommen werden muß, daß der obligatorische, den Erwerb dinglicher Rechte vorbereitende Vertrag um klagbar zu sein und irgend eine Wirksamkeit zu äußern, der Anmeldung bei der städtischen Obrigkeit bedürfe, so kommt die sehr wichtige Frage in Betracht, ob nicht durch die gewöhnlichen Bestärkungsmittel der Verträge ein anderes Resultat erwirkt werden könne. Diese Frage soll nunmehr eventuell erörtert werden.

Die gedachten Bestärkungsmittel der Verträge bestehen bekanntlich in der Conventionalstrafe, der Arrha und dem Eide:

I. Die Conventionalstrafe ist das wichtigste dieser Bestärkungsmittel, da sie außerordentlich häufig den hier in Frage stehenden Verträgen hinzugefügt sich findet. Ob dieses jedoch mit Wirksamkeit geschehen könne ist keinesweges unbestritten.

Meißner empfiehlt den Contrahenten geradezu die Beifügung einer Conventionalstrafe als ein sicheres Mittel, um sich gegen die Nichterfüllung des an sich nicht klagbaren obligatorischen Vertrages zu schützen [1]), während jetzt das Stadtgericht zu Hannover mehrfach darauf erkannt hat, daß eine Conventionalstrafe jenen Verträgen ohne Wirkung hinzugefügt werde. Auf dieselbe Weise hat sich die Königliche Justiz-Canzlei zu Hannover ausgesprochen unter der Voraussetzung, daß man dem obligatorischen Vertrage keine Wirksamkeit beilege.

---

[3]) Vergleiche das gesetzliche Präjudiz XII. vom 26. Januar 1841 (Offizielle Gesetzsammlung vom Jahre 1841. Abthl. I. S. 85) und §. 38 dieser Schrift.

[1]) Meißner Beiträge a. a. O. S. 21.

Ich glaube nun, daß man die aufgeworfene Frage weder allgemein bejahen, noch allgemein verneinen dürfe. — Bei der Beantwortung derselben kommt Alles an auf die richtige Auffassung des charakteristischen Wesens der Verabredung einer Conventionalstrafe, auf dessen Entwickelung ich mich um so mehr einlassen muß, da die meisten Schriftsteller über römisches Recht diesen Punct kaum berühren.

Es dürfte eine falsche Vorstellung in der Annahme liegen, daß die Verabredung einer Conventionalstrafe zu dem Vertrage, welchem sie beigefügt wird, sich wie eine accessorische zur Haupt-Obligation verhalte. Wäre dieses der Fall, so müßte die erstere das Schicksal der letzteren theilen, also wirkungslos und nicht klagbar sein, wenn die letztere dieses ist. Die Verabredung einer Conventionalstrafe erzeugt vielmehr eine selbständige Obligation. Dieses folgt aus mehreren Quellenzeugnissen, in denen sie als selbständig nothwendig aufgefaßt werden muß, weil neben ihr von einer andern Obligation überall keine Rede ist, besonders aus L. 115. D. *de Verborum Obligationibus* (45. 1.), wo als verschieden bezeichnet werden die Stipulationen: „si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes"? und Pamphilum dari spondes? si Pamphilum non dederis tantum dari spondes"? Es folgt ferner daraus, daß im römischen Rechte mehrere Fälle ausgesprochen vorliegen, wo der Verabredung einer Conventionalstrafe Wirksamkeit beigelegt wird, während der Vertrag, neben welchem die Conventionalstrafe steht, wirkungslos, nicht klagbar erscheint. So ist es ein feststehender Grundsatz des römischen Rechts, daß aus Sponsalien keine Klage auf Eingehung der Ehe gegeben wird, und dennoch ist die Verabredung einer Conventionalpoen auf die Höhe des vierfachen Werths der arrha, als der früheren gesetzlichen Strafe eines einseitigen und grundlosen Rücktritts zuläßig und klagbar [2]). — Ferner erscheinen Verträge, wodurch dritten Personen Rechte erworben, oder dieselben mit Verbindlichkeiten belastet werden sollen, regelmäßig wirkungslos und nicht klagbar, und dennoch leidet es nicht den geringsten Zweifel, daß jenen Verträgen die Verabredung einer Conventionalstrafe mit dem Effecte hinzugefügt wird, daß aus derselben geklagt werden kann [3]). —

---

[2]) L. 5. C. *de sponsalibus* (5. 1.) und Mühlenbruch Pandektenrecht Bd. III. §. 507.

[3]) Vergl. die unten angeführten Beweisstellen.

Muß hiernach nun angenommen werden, daß die Verabredung einer Conventionalstrafe ein selbständiger Vertrag sei, so muß die Wirksamkeit und Klagbarkeit derselben auch nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden, ohne Rücksicht darauf, ob der Vertrag, dem die Strafverabredung beigefügt wurde wirksam und klagbar ist, obwohl es sich von selbst versteht, daß oft dieselben Gründe auf beide Verträge gleichmäßig ihre Wirksamkeit äußern werden.

Daß nach solchen Grundsätzen auch die römischen Juristen verfahren seien, ergiebt sich aus den einzelnen Fällen, worin von der Verabredung einer Conventionalstrafe die Rede ist, von denen ich hier jedoch aus naheliegenden Gründen nur die folgenden hervorheben will:

L. 134. pr. D. *de V. O.* (45.1.)

„Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Caio Seio habenti filiam; et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Caii Seii filio Titiae desponderetur; et interpositum est instrumentum, et adiecta poena, si quis nuptiis impedimento fuisset; postea Caius Seius constante matrimonio diem suum obiit, et filia eius noluit nubere; quaero, an Caii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit, ex stipulatione, quae proponeretur, quum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstituram, quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura sive iam contracta".

L. 19. D. *eod.*

„Si stipulatio facta fuerit: si culpa tua divortium factum fuerit, dari? nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus poenis lege comprehensis, nisi si et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta lege sit comprehensa".

L. 71. §. 1. D. *de condit.* (35. 1.)

L. 2. C. *de inut. stipul.* (8. 39.)

„Libera matrimonia esse antiquitus placuit; ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere, et stipulationes,

quibus poenae irrogarentur ei, qui quaeve divortium fecisset, ratas non haberi constat".

L. 61. D. *de V. O.* (45. 1.)

„Stipulatio hoc modo concepta: si heredem me non feceris, tantum dare spondes? inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio".

Die hier erwähnten Stipulationen enthalten eine turpis causa, indem das, was sie bezwecken, gegen die Gesetze und gute Sitten anstößt. Auch die hinzutretende Verabredung einer Conventionalstrafe ist ungültig, allein aus einem selbständigen Grunde, weil die Furcht vor der verabredeten Strafe leicht dahin führen kann, eine unwürdige Handlung zu begehen, weil sie zum Verbrechen einladet. Hiernach kann überall keine Conventionalstrafe mit Wirksamkeit verabredet werden, wenn sie dahin abzweckt, Jemanden zu veranlassen, sich über gesetzliche Vorschriften hinwegzusetzen.

Sodann kommt in Betracht die

L. 13. §. 26 D. *de action. emti vend.* (19. 1.)

„Ibidem Papinianus respondisse se refert, si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum praestaretur, in fraudem Constitutionum videri adiectum, quod usuram legitimam excedit . . ."

In diesem Falle wird die Wirksamkeit der Conventionalstrafe verneint, weil sie als eine in fraudem legis unternommene Handlung erscheint.

Schließlich hebe ich hervor die bereits oben berührten Fälle in dem

§. 19 J. *de inut stipul.* (3. 19.)

„Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest. Inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat, quod sua interest, ceterum ut alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari convenit, ut nisi ita factum sit, ut comprehensum est, committetur poenae stipulatio ei, cuius nihil interest. Poenam enim, quum

stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit eius, sed quae sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit poenam: nisi dederis, tot aureos dare spondes? tunc committitur stipulatio“.

L. 38 §. 2 und 17. D. *de V. O.* (45. 1.)

In diesen Gesetzen werden Fälle beurtheilt, in denen die einfache Stipulation nicht klagbar, die hinzugefügte Verabredung einer Conventionalstrafe aber vollwirksam ist, also auch eine Klage auf die verabredete Strafe erzeugt, wenn der nicht klagbaren Sipulation ein Genüge nicht geschieht. Die Gründe dieser Behandlung sind in den angeführten Quellenzeugnissen klar dargelegt. Es dient hier die Strafverabredung um den Promissor zu einer Handlung anzutreiben, welche vorzunehmen er an sich nicht verpflichtet ist. — Daß Jemand durch Verträge Dritter Rechte erwerbe, oder mit Verbindlichkeiten belastet werde, ist weder eine strafbare noch eine unsittliche Handlung, aber es widerspricht einer allgemeinen Rechtsregel, wonach die Verträge ihrem charakteristischen Wesen nach nur dazu dienen, die Rechtsverhältnisse der Contrahenten zu normiren, welche jedoch selbstredend auf die Strafverabredung, deren Folgen nur die Contrahenten berühren, keinen Einfluß äußern kann.

Wenden wir nun die hierdurch gewonnenen Resultate auf unsere Verordnungen an, so kann die Beantwortung der aufgeworfenen Frage gar keinem Bedenken unterliegen. Die Verordnungen gebieten aus Gründen des öffentlichen Wohls, daß ohne voraufgehende Anmeldung bei der ordentlichen Stadtobrigkeit kein jus in re transferirt werde. Deßhalb kann denn auch die für den Fall, daß ein dingliches Recht nicht ohne Anmeldung constituirt werde, verabredete Conventionalstrafe für wirksam und klagbar nicht gehalten werden, weil sie dazu dienen würde, den Promissor zu einer gesetzlich verbotenen Handlung anzutreiben. Sie verbieten dagegen nicht das Contrahiren über städtische Grundstücke an sich, nicht die Anmeldung, vielmehr gebieten sie die letztere, weshalb denn auch die für den Fall, daß der eine der Contrahenten sich weigern würde, die Anmeldung vorzunehmen, stipulirte Strafe mit voller Wirksamkeit durch Klage muß geltend gemacht werden können; denn hier dient die Strafverabredung dazu, Jemanden anzutreiben, eine gesetzlich gebotene Handlung vorzunehmen und so im Sinne des Gesetzes zu handeln. Es bleibt auch

nicht einmal ein nur irgend scheinbarer Grund übrig, die Klagbarkeit der Strafverabredung im letzteren Falle zu verneinen, wenn man die gewiß unrichtige Ansicht aufgiebt, daß die Strafverabredung, als accessorische Obligation, in allen Beziehungen mit einer anderen Obligation, als dem principale, ein und dasselbe Schicksal theile.

Ob nun aber im concreten Falle die Strafverabredung in der einen oder der anderen der hervorgehobenen Rücksichten aufzufassen sei, betrifft die Interpretation der Willenserklärungen, welche in jedem einzelnen Falle nach freier Erwägung der Umstände erfolgen muß.

II. Die Arrha, als zweites Bestärkungsmittel der Verträge, kann hier überall nur in Betracht kommen als s. g. arrha pacto imperfecto data. Geht man davon aus, daß der obligatorische Vertrag vor der Anmeldung nicht klagbar sei, die Einigung der Parteien bis zur Anmeldung sich also im Gebiete einfacher Tractaten halte, so wird nach der Analogie bekannter Vorschriften des römischen Rechts angenommen werden dürfen, daß die gegebene Arrha nicht zurückgefordert werden könne, wenn der Geber die Anmeldung weigert, die doppelte Arrha aber zurückgegeben werden müsse, wenn der Empfänger sich weigert, den Vertrag zur Perfection zu bringen [4]).

III. Nur der Vollständigkeit wegen ist drittens noch der promissorische Eid zu erwähnen, da es nach bekannten Bestimmungen unseres Particularrechtes nicht den geringsten Zweifel leiden kann, daß die Bestärkung rechtlich ungültiger, oder für unwirksam und nicht klagbar erklärter Rechtsgeschäfte durch den promissorischen Eid ohne alle rechtliche Wirksamkeit bleibt [5]).

§. 38.

3. Fortsetzung. — b. Insbesondere über das pactum de contrahendo.

Es bleiben noch einige Puncte, welche mit der Hauptfrage, ob der obligatorische Vertrag vor erfolgter Anmeldung klagbar sei, in

---

[4]) L. 17 in f. C. *de fide instrum.* (4. 21.) und pr. J. *de emtione et venditione* (3. 23), womit noch zu verbinden sind die Vorschriften über die arrha sponsalitia in L. 1 u. 5. C. *de sponsalibus* (5. 1.)

[5]) Ebhardt Sammlung der Gesetze. Bd. I. S. 98. flgde.

einer mehr oder weniger näheren Beziehung stehen, der Betrachtung übrig.

I. Zuerst berühre ich die Frage, ob, wenn man auch behauptet, daß der die Uebertragung dinglicher Rechte vorbereitende obligatorische Vertrag nicht klagbar sei, dasselbe in Betreff der s. g. pacta de contrahendo anzunehmen sei? Ich fühle mich geneigt, die aufgeworfene Frage zu verneinen.

Um dieselbe richtig beantworten zu können, ist es erforderlich den wesentlichen Charakter unserer Verordnungen fest aufzufassen, was nicht besser geschehen kann als durch Beachtung des Gegensatzes, in dem die bereits oben hervorgehobenen Bestimmungen der Kalenberg'schen Verordnung von 1620 und der Lüneburg'schen Polizei-Ordnung von 1618 über die Bestätigung der Contracte zu der Vorschrift unserer Verordnungen stehen. Die ersteren beruhen auf dem Gedanken einer Vormundschaft des Staats über die Unterthanen. Die ratio jener Bestimmungen ist rein subjectiver Natur. Die durch sie Betroffenen sollen über ihre Vermögensverhältnisse nicht frei nach allgemeiner Regel verfügen, die richterliche causae cognitio soll erst hinzutreten und die Vereinbarungen prüfen. Oder der Gesetzgeber will, daß die Vereinbarungen dem Gerichte verlautbaret werden, damit die Unterthanen nicht in weitläufige Processe verwickelt und zu kostbaren Beweisführungen genöthigt werden. Nichts ist gewisser, als daß diese Bestimmungen das eigene Beste der Contrahenten beabsichtigen. — Hiernach kann es denn auch nicht zweifelhaft sein, daß eine Klage aus der außergerichtlichen Abrede auf Confirmation oder Verlautbarung nicht für statthaft zu erachten, daß die der außergerichtlichen Vereinbarung hinzugefügte Strafverabredung, so wie die arrhae datio überall keine Wirksamkeit äußere, daß ferner ein s. g. pactum de ineundo contractu ohne alle rechtliche Bedeutung bleibe.

Ganz anders verhält sich Alles nach unseren Verordnungen. Die ratio, welche ihnen zu Grunde liegt, ist rein objectiv. Der Gesetzgeber bezweckt durch seine Vorschrift, den Nutzen dritter Personen zu befördern. Es findet sich in den Verordnungen nicht die geringste Spur, daß er daneben noch das Interesse der Contrahenten habe berücksichtigen wollen. Es würde ihm gleich sein, ob die Contrahenten sich hintergehen oder in weitläufige Processe verwickelt werden. Er schreibt die Anmeldung vor, damit durch sie eine Oeffentlichkeit in Betreff des städtischen Grundeigenthums bewirkt werde, welche der Sicherung der Rechte der Stadtobrigkeit und dritter Privatpersonen

heilsam ist. Es soll nur die Translation dinglicher Rechte am städtischen Grundeigenthum zur allgemeineren Kunde gelangen. Geschieht dieses, so kann es im Sinne unserer Verordnungen gleichgültig sein, durch welche Mittel die Contrahenten zur Anmeldung bewogen wurden. — Hiernach steht die ratio unserer Verordnungen den im vorigen Paragraphen gewonnenen Resultaten nicht entgegen, ferner nicht der Klagbarkeit des die Transferirung der dinglichen Rechte vorbereitenden Vertrages und des pactum de contrahendo. — Nimmt man nun aber auch aus besonderen Gründe an, daß der obligatorische Vertrag nicht klagbar sei, so sind diese Gründe doch jedenfalls der Art, daß sie der Klagbarkeit des pactum de ineundo contractu nicht entgegenstehen. Jener z. B. der Kauf-, Tausch-, Schenkungsvertrag führt geradezu zur Alienation, während das pactum de ineundo contractu erst den obligatorischen Vertrag vorbereitet, welcher zur Alienation führt. Sonach würde es jedenfalls unzulässig erscheinen, unter dem von unseren Verordnungen gebrauchten Ausdruck „actus alienationis" das pactum de ineundo contractu zu subsumiren, wenn man unter jenem Ausdrucke auch den obligatorischen Vertrag verstehen könnte und müßte.

Diesem Allen nach muß somit dem pactum de contrahendo volle Wirksamkeit zugeschrieben werden, wenn es, an sich rechtsgültig, darauf gerichtet wird, daß Jemand sich nach der Vorschrift unserer Verordnungen contractlich verpflichte, ein dingliches Recht an städtischen Grundstücken zu übertragen.

II. Die Beantwortung der Frage, welche Wirkung die Erfüllung des Inhalt vertragsmäßiger, nicht vollkommen perfecter Einigungen habe, die mit Rücksicht auf die oben gegensätzlich angezogenen Verordnungen vielfach versucht und nicht ganz einfach ist, ergiebt sich für unsere Verordnungen ganz von selbst; denn wenn der vorbereitende obligatorische Vertrag erfüllt wird, so geschieht gerade das, was der Gesetzgeber verhüten wollte; es treten alle die Nachtheile ein, welche der Gesetzgeber aufzuheben beabsichtigte. Nur um diese Absicht vollständiger zu erreichen konnte er sich möglicherweise bewogen finden, dem die Alienation vorbereitenden obligatorischen Vertrage vor erfolgter Anmeldung die Klagbarkeit zu entziehen. Die Erfüllung dieses Vertrages kann also irgend eine Wirkung schon an sich nicht hervorbringen, und deutet also auch dieses auf die großen Verschiedenheiten hin, welche sich zwischen unseren Verordnungen und den gegensätzlich angezogenen im Grundprincipe finden.

Andererseits dürfte es auch einem erheblichen Zweifel nicht unterliegen, daß, wenn man die Unverbindlichkeit des obligatorischen Vertrages vor der Anmeldung behauptet, demjenigen, welcher in Folge des noch nicht angemeldeten Contracts eine Zahlung leistete, eine Condiction zustehen müsse, wenn er später auf die Unverbindlichkeit der Einigung sich stützend, das Gezahlte zurückverlangen will. Dieses wird anzunehmen sein, gleichviel, ob man die außergerichtliche Einigung als einen noch nicht zur Perfection gekommenen, oder aus Gründen des öffentlichen Wohls gemißbilligten Vertrag ansieht [1]).

III. Es verdient drittens noch ein Fall der Erwähnung, welcher mir bereits wiederholt in der Praxis vorgekommen ist. Es ist der folgende: A beauftragt den B unter dem Versprechen eines Proxeneticums, ein städtisches Grundeigenthum für einen bestimmten Preis zu verkaufen. Durch die Bemühungen des Unterhändlers kommt der Kauf zur bestimmten Summe zu Stande. A ist mit dem Dritten in allen Puncten einig. Später weigert A aus ganz willkürlichen Gründen die Anmeldung des Vertrages. Es fragt sich nun, ob A verpflichtet sei, dem B das versprochene Proxeneticum zu berichtigen? — Ich meine, daß die Bejahung dieser Frage unbedenklich sein müsse, gleichviel ob man der Einigung vor der Anmeldung Klagbarkeit zuspricht, oder nicht. Thut man das Erstere, so liegt ein perfecter Kaufvertrag vor, die Bedingung, unter welcher das Versprechen gegeben wurde, ist eingetreten, der Erfüllung dieses Versprechens kann sich der Verkäufer auf keine Weise entziehen. Nimmt man das Gegentheil an, so liegt allerdings noch kein perfecter Kauf vor; allein wenn man deswegen die Verpflichtung, wie derselben oben gedacht wurde, verabreden wollte, so würde dieses in der That auf ein Spiel mit Worten hinauslaufen, und auf einem Verkennen des id quod actum est, worauf die römischen Juristen stets dringend hinweisen, beruhen. B hat in dem obigen Falle Alles gethan, wozu er nach den Verhältnissen irgend verpflichtet sein konnte, er hat den A in den Stand gesetzt den gewünschten Preis für das zu veräußernde Grundstück zu erhalten, dadurch hat er einen Anspruch auf den versprochenen Mäklerlohn rechtlich erworben. Dieser Anspruch kann ihm nicht entzogen werden, wenn sein Mandant aus

---

[1]) So entschied auch im Jahre 1826 die Königliche Justiz-Canzlei zu Hannover in Sachen Behr c. Maasch.

willkürlichen Gründen sein gegebenes Wort zurücknimmt. Das ist und bleibt Treulosigkeit, welche dem Verkäufer, wenn er sie auch gegen den Käufer, ohne daß ihn rechtliche Nachtheile träfen üben darf, mit Rücksicht auf den von ihm Beauftragten nie Vortheile gewähren darf. Die gegentheilige Ansicht würde sehr schroff gegen die bona fides anstoßen, auf welche doch bei den Rechtsverhältnissen im Leben durchgreifende Rücksicht genommen werden soll [2]).

Construirt man den obigen Rechtsfall aber so, daß A die Anmeldung nicht weigert, sondern der andere Contrahent, so glaube ich, daß unter Berücksichtigung der Verhältnisse dem B sein Anspruch auf das Proxeneticum abgesprochen werden müsse, weil A nicht in den Stand gesetzt ist, die festgesetzte Kaufsumme entweder freiwillig von Seiten des Käufers oder auf dem Wege der Klage zu erlangen. Ich setze hierbei natürlich voraus, daß man die Ansicht, die außergerichtliche Vereinbarung sei vor der Anmeldung kein bindender Vertrag, für die richtige hält.

§. 39.

II. Rechtliche Beziehungen bei hinzutretender Tradition.

Die Untersuchung der Frage, welche Bedeutung und Wirksamkeit dem die Translation dinglicher Rechte vorbereitenden Vertrage zuzuschreiben sei, ist nunmehr sowohl an sich, als auch mit Rücksicht auf die einzelnen Nebenbeziehungen, welche sie darbot, genügend erörtert. Ich gehe deshalb einen Schritt vor und setze den Fall, daß die Translation der einzelnen jura in re an stadtpflichtigen Grundstücken ohne Anmeldung erfolgt ist. Besonders ist in dieser Beziehung zu berücksichtigen die Uebertragung des Eigenthums durch Tradition, weil hier das zu erörternde Rechtsverhältniß die mannichfachsten Seiten und Beziehungen darbietet. — Ich halte jetzt daran fest, daß der die Alienation des Eigenthums vorbereitende obligatorische Vertrag auch vor erfolgter Anmeldung eine Klage begründe, doch dürfte dieser Punct in den meisten Rücksichten ohne entscheidendes Gewicht sein.

Für die einzelnen Beziehungen, welche hier in Erwägung kom=

---

2) So entschied auch im Laufe der letzten Jahre das Stadtgericht zu Hannover in Sachen Moritz c. Heinemann.

men können, gilt nun als Grundregel der Satz: die Translation des dinglichen Rechts ist ein nichtiger Act, welcher deshalb alle diejenigen Folgen nicht haben kann, welche er gehabt haben würde, wenn die vorgeschriebene Anmeldung erfolgt wäre. Diese Grundregel folgt ohne Weiteres aus der Vorschrift unserer Verordnungen und bedarf überall keiner näheren Begründung. Aus dieser Grundregel ergeben sich sodann nachstehende Folgesätze:

I. Derjenige, welchem das Eigenthum übertragen ist, wird dadurch nicht Eigenthümer; Eigenthümer bleibt der Tradent nach wie vor. Derjenige, welchem dingliche Rechte außer dem Eigenthume constituirt werden, wird nicht Inhaber derselben, vielmehr bleibt das Eigenthum des jene Rechte Constituirenden nach wie vor unbeschränkt.

II. Die Dispositionsbefugniß über das ohne Anmeldung tradirte Grundeigenthum bleibt dem Tradenten. Dieser kann nach wie vor alle dinglichen Rechte, Pfandrechte, Servituten daran bestellen, welche vollkommen wirksam sich erweisen müssen, wenn bei ihrer Bestellung die Vorschrift unser Verordnungen beobachtet wurde. — Dagegen steht eine solche Dispositionsbefugniß demjenigen, welcher die ohne vorherige Anmeldung tradirte Sache inne hat, auf keine Weise zu. — Uebrigens leidet es keinen Zweifel, daß der Tradent, wenn er über die tradirte Sache disponirt dieserhalb aus dem Contracte mit einer persönlichen Klage auf Entschädigung in Anspruch genommen werden kann, weil seine Handlungen contractswidrig sind und dieses auch bleiben, indem der Contract und die aus ihm entspringenden Verpflichtungen dadurch offenbar nicht alterirt werden, daß die Tradition, welche in Folge des Contracts geschah, ungültig ist. Freilich wenn man annimmt, daß der Contract vor erfolgter Anmeldung die Contrahenten nicht binde, so wird auch von einer Entschädigungsklage nicht geredet werden können, weil es ihr unter dieser Voraussetzung an jedem Rechtsgrunde gebrechen würde.

III. Auf der anderen Seite wird auch derjenige, welcher ein städtisches Grundstück ohne vorherige Anmeldung tradirt, insofern als Eigenthümer angesehen werden müssen, als er den öffentlichen Lasten unterworfen ist. Der Staat wegen der Grundsteuern, die Stadtobrigkeit wegen der Gemeindelasten wird sich an ihn, als Verpflichteten, halten können und müssen.

IV. Die Befugniß die tradirte Sache gerichtlich durch die Rei vindicatio zu verfolgen steht dem Tradenten zu, nicht dem, welcher die Sache bis zum erfolgten Besitzverluste inne hatte. Dieser kann

auch den Tradenten auf Cession der Vindicationsklage nicht belangen, weshalb ihm um so weniger die Rei vindicatio als utilis zugestanden werden darf.

Wird der Detentor der ohne vorherige Anmeldung tradirten Sache von einem Dritten mit einer actio in rem oder actio in rem scripta in Anspruch genommen, so ist er nicht nur befugt, sondern auch, wenn er sich nicht rechtlichen Nachtheilen aussetzen will, verpflichtet, eine auctoris laudatio vorzunehmen; denn er besitzt nicht als Eigenthümer, sondern alieno nomine.

Wie der Tradent durch die Rei vindicatio das übergebene Grundstück von einem Dritten an sich ziehen kann, so kann er es auch von dem, welchem er dasselbe übergab. Die exceptio rei venditae et traditae wird dem Kläger, wenigstens so lange der gesetzlichen Vorschrift nicht Folge geleistet wird, mit Effect nicht entgegengesetzt werden können, weil die erfolgte Tradition nichtig ist und einen gesetzlich verbotenen Zustand herbeiführt. Dieser Zustand würde erhalten werden, wenn man gegen die Eigenthumsklage des Tradenten ohne Weiteres die exceptio rei venditae et traditae zulassen wollte. Erst dann kann diese Einrede Wirksamkeit äußern, wenn die vorgeschriebene Anmeldung vorgenommen wird — was auch einseitig vom Besitzer geschehen darf — und dieses auch nur unter der Voraussetzung, daß man dem obligatorischen Vertrage vor erfolgter Anmeldung Wirksamkeit beilegt, weil sonst gar kein bindendes Rechtsgeschäft in der Mitte liegen würde.

Auf gleiche Weise wird sich derjenige, welcher ohne Anmeldung Servituten bestellte der actio negatoria bedienen, der Pfandschuldner die dem Gläubiger zum Pfande hingegebene Sache ohne Weiteres zurückfordern können. Umgekehrt wird die actio confessoria und hypothecaria nicht statthaft erscheinen.

Bricht vor erfolgter Anmeldung Concurs aus entweder über das Vermögen des Tradenten oder des Erwerbers, so wird im ersten Falle der Concurscurator, im zweiten Falle der Tradent befugt sein, das tradirte Grundstück zu vindiciren. Wegen der exceptio rei venditae et traditae muß dasselbe gelten, wie oben. Auch der Umstand, daß die Kaufsumme bereits bezahlt ist, kann, so lange die gesetzlich vorgeschriebene Anmeldung nicht erfolgt ist, keinen Einfluß auf die Durchsetzung der erhobenen Klage äußern; denn der Zustand, welcher in Folge einer ohne vorherige Anmeldung erfolgten Alienation eintritt, ist ein im Interesse des öffentlichen Wohles verbotener Zu-

stand, dessen Fortbestehen durch das Vorschützen von Einreden nicht herbeigeführt werden darf. Gegenforderungen können höchstens nur auf dem Wege der Wiederklage geltend gemacht werden.

§. 40.

II. Fortsetzung.

V. Daraus, daß die Tradition ohne vorherige Anmeldung eine nichtige Handlung ist, sonach also kein Eigenthum überträgt, folgt jedoch nicht, daß der Besitz, welcher übergeben wird, ohne alle Wirkung sei; denn Besitz und Eigenthum sind verschiedene Begriffe. Besitz, als Factum seiner Grundlage nach, ist regelmäßig an die Vorschriften über Erwerb von Rechten nicht gebunden; er wird durch gesetzlich verbotene, nichtige Handlungen erworben, und äußert seine Wirkungen.

1) Die Detention einer Sache verbunden mit animus domini führt ohne Weiteres zum Schutze durch Interdicte. Treffen jene Bedingungen in der Person desjenigen, welchem ein städtisches Grundstück ohne Anmeldnng tradirt wird zusammen, so wird er sich gegen Jedermann, gegen den Tradenten sowohl als gegen dritte Personen zum Schutze seines Besitzes, sowohl der interdicta retinendae possessionis als der interdicta recuperandae possessionis bedienen können.

2) Tritt zu der mit animus domini verbundenen Detention noch bona fides oder die Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit des Besitzes hinzu, so kann sie zur Ersitzung führen. Es fragt sich nun, ob ein so qualificirter Besitz auch zur Ersitzung städtischer Grundstücke, welche ohne Anmeldung tradirt sind, führen könne? Diese Frage ist gewiß zu verneinen. Unsere Verordnungen verbieten jede Alienation städtischer Grundstücke ohne Anmeldung. Es greift somit Platz die Bestimmung der

L. 28. D. *de V. S.* (50. 16.)

„Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi.“ [1])

---

[1]) Vergl. auch L. 16. *de fundo dotali* (23. 5.) „— — nam licet lex Julia, quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad huiusmodi acquisitionem (i. e. longi temporis possessionem) — —“

Auch ist nicht allein die ordentliche Ersitzung unzulässig, sondern auch die außerordentliche Ersitzung und die Verjährung der Klagen. Dieses folgt ganz von selbst aus der Vorschrift unserer Verordnungen, welche durch die Zulassung irgend einer Art wahrer Verjährung geradezu umgangen werden würde. Unsere Verordnungen haben bei ihrer Vorschrift das öffentliche Wohl vor Augen, zu dessen Schutze das Gebot dienen soll, daß jede Alienation ohne Anmeldung nichtig sei. Ließe man nun die Verjährung zu, so würde ja gerade dadurch der Zustand herbeigeführt, welcher als ein der salus publica widerstreitender vom Gesetzgeber ausdrücklich gemißbilligt wurde; es würde die Oeffentlichkeit in Betreff des städtischen Grundeigenthums, welche durch die Anmeldung hervorgerufen werden soll, in Folge der Zulassung der Verjährung stets von neuem verdunkelt werden. Das Institut der Verjährung könnte sonach, anstatt wohlthätige Folgen zu begründen, nur der salus publica nachtheilige Folgen hervorrufen indem es die Wirksamkeit der gesetzlichen Vorschrift geradezu hemmen und den Unterthanen einen einfachen Weg anweisen würde, sich über die gesetzliche Vorschrift ungestraft hinwegzusetzen [2]).

Was jedoch über die Verjährung mit bestimmter Zeitdauer gesagt ist, gilt nicht von der unvordenklichen Verjährung wegen des eigenthümlichen Wesens derselben. Dieses besteht nicht darin, daß durch die unvordenkliche Zeit, wie durch jene eine wirkliche Aenderung in den Rechtsverhältnissen herbeigeführt wird; vielmehr begründet sie nur die Vermuthung, daß eine bestimmte Rechtsänderung in einer entfernt liegenden Zeit auf eine den allgemeinen Rechtsregeln entsprechende Art und Weise vorgenommen sei. Sie sichert nur durch eine wirksame Vermuthung den jetzigen Rechtszustand, dessen rechtmäßige Entstehung nicht mehr bewiesen werden kann. So aufgefaßt er-

---

[2]) arg. L. 12. §. 4. *de Publiciana in rem actione* (6. 2.)
»Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem Praetor tuetur, ne contra leges faciat«.

Uebrigens braucht kaum hervorgehoben zu werden, daß in Folge der obigen Ausführung nicht jede Ersitzung des städtischen Grundeigenthums und dinglicher Rechte an demselben für ausgeschlossen zu halten sei; die Ersitzung setzt nur voraus, daß ein bei der städtischen Obrigkeit angemeldetes Rechtsgeschäft in der Mitte liege. Etwaige Mängel desselben können durch Verjährung, soweit dieses überhaupt möglich ist, gehoben werden.

scheint das Institut der unvordenklichen Zeit neben der Vorschrift unserer Verordnungen sehr wohl begründet und heilsam; es dient so seinem Wesen nach um eine Vermuthung hervorzurufen, daß die zur Alienation erforderliche Anmeldung vorgenommen sei. Im einzelnen Falle kann freilich die der unvordenklichen Zeit beigelegte Wirkung dahin führen, daß eine Aenderung in den Verhältnissen des Grundeigenthums gegen die gesetzliche Vorschrift rechtlich begründet wird. Dann stößt sie allerdings gegen unsere Verordnungen an; allein dieses Resultat kann nur als ein zufälliges angesehen werden, denselben Charakter an sich tragend als im einzelnen Falle die res judicata, wenn nämlich der Richter, indem er die Vorschrift unserer Verordnungen übersehend, in seinem Erkenntnisse, welches die Rechtskraft beschreitet, der Tradition eines städtischen Grundeigenthums ohne vorherige Anmeldung die Wirkung einer rechtsgültigen Alienation zuschreibt, gegen das Recht, die gesetzliche Bestimmung unserer Verordnungen, verstößt.

3) Da die Publiciana in rem actio auf der Fiction der vollendeten Usucapion beruht, wovon hier auf Seiten desjenigen, welchem ohne Anmeldung ein dingliches Recht an stadtpflichtigen Grundstücken transferirt wird, nicht geredet werden kann, da es von der Publiciana in rem actio heißt in der

L. 7. §. 6. D. *de Publiciana in rem actione* (6. 2.)

„Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit“.

L. 35. pr. D. *de Oblig. et Actionibus* (44. 7.)

„. . . item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur“,

da ferner ausdrücklich gesagt ist in der

L. 12. §. 4. D. *de Public. in rem actione* (6. 2.)

„Si res talis sit, ut eam Lex aut Constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus Praetor neminem tuetur, ne contra leges faciat“,

so dürfte es ganz unbedenklich sein, dem Besitzer der ohne Anmeldung veräußerten Sache die actio Publiciana zu verweigern.

VI. Das periculum casus, sei es nun periculum interitus

oder deteriorationis trägt der Käufer, welchem ein stadtpflichtiges Grundstück ohne Anmeldung übergeben ist, nicht der Verkäufer. Jener trägt es schon ohne Rücksicht, ob das Grundstück tradirt wurde, oder nicht, weil in Gemäßheit allgemeiner Rechtsregel diese Folge eintritt, sobald der unbedingt geschlossene Kaufvertrag perfect ist.

L. 8. pr. D. *de periculo et commodo rei venditae* (18. 6.)

„Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit, nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet“.

Das Gegentheil könnte man nur dann annehmen, wenn die Anmeldung als ein zur Perfection des Kaufvertrages erforderliches Moment aufgefaßt werden dürfte. Gesteht man nun dem Kaufvertrage vor der Anmeldung Klagbarkeit zu, so ist er ohne Weiteres perfect, und jene Auffassung würde eine große Inconsequenz involviren. Die Anmeldung ist schlechterdings kein Bestandtheil des Kaufvertrages, sie ist nur die Bedingung unter welcher allein die Alienation, also die selbständige Folge des Kaufvertrages, die Tradition, welche eben so wie der Kaufvertrag Vertragsnatur an sich trägt, auf eine zu Recht beständige Weise vorgenommen werden kann. Wie ich bereits oben hervorgehoben habe, trägt die Anmeldung denselben Charakter an sich, wie eine für viele Städte geltende anderweite Vorschrift, wonach der Erwerb des städtischen Grundeigenthums voraussetzt, daß der jenen Erwerb Beabsichtigende das Bürgerrecht gewonnen habe.

Gesteht man dem Kaufvertrage vor der Anmeldung aber keine Klagbarkeit zu, so kann freilich, da ein perfecter Kaufvertrag dann gar nicht vorliegt, auch nicht behauptet werden, daß denjenigen, welcher einen Kaufvertrag abzuschließen beabsichtige, das periculum treffe.

Es ist eine bekannte Controverse des römischen Rechts, ob dieselben Grundsätze, welche nach demselben für das Tragen des periculum casus beim Kaufvertrage gelten, auch bei andern auf Eigenthumsübertragung gerichteten Verträgen Anwendung finden [3]. Ein nähe=

---

[3]) Zu vergleichen ist hierüber Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II. §. 365. 2)

res Eingehen auf diese Controverse an diesem Orte würde unpassend sein; es kann hier nur darauf ankommen, die entgegengesetzten Resultate derselben der Vorschrift unserer Verordnungen gegenüber aufzufassen und zu beleuchten. — Bejaht man nun die obige Frage, so muß dasjenige, was so eben gesagt ist, allgemeiner gelten. Verneint man aber die Frage, so dringt sich allerdings die Betrachtung auf, ob, wenn ohne vorhergehende Anmeldung eine Tradition vorgenommen wurde, die Gefahr denjenigen treffe, welcher in Folge einer justa causa außer dem Kaufe ein städtisches Grundstück tradirt erhielt. Eine nähere Erwägung kann jedoch nur zu der Annahme führen, daß das periculum casus ihn nicht treffe; denn die traditio ohne vorherige Anmeldung ist nach der Bestimmung unserer Verordnungen ein nichtiger Act, welcher Wirkungen nicht äußern kann. Tritt der Uebergang des periculum casus auf den den Erwerb Beabsichtigenden nicht schon in Folge des perfecten obligatorischen Vertrages ein, so kann er auch erst nach erfolgter Anmeldung eintreten, weil nur diese als die erste weitere rechtliche Folge in dem Verhältnisse, welches in Betracht kommt, gedacht werden kann.

§. 41.

II. Fortsetzung. — Theorie der gerichtlichen Auflassung.

Wo für die vertragsmäßige Eigenthumsübertragung an Immobilien die gerichtliche Auflassung gilt, kann auf gleiche Weise, wie oben, von einem Zustande nach erfolgter Tradition und vor geschehener Auflassung die Rede sein, welcher dieselben rechtlichen Beziehungen darbietet, von denen in den beiden vorhergehenden Paragraphen die Rede gewesen ist. — Suchen wir ein Grundprincip für die Beurtheilung dieser einzelnen rechtlichen Beziehungen auf, so ergiebt sich als solches der Satz: nur in Folge der gerichtlichen Auflassung wird Eigenthum erworben, dagegen kann die erfolgte außergerichtliche Tradition keine der Wirkungen äußern, welche sie nach der allgemeinen Regel des römischen Rechts hervorrufen würde.

Wo Auflassung gilt, da entsteht ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache erst durch diesen Act. Dieser allein gewährte, wenn es sich um eine vertragsmäßige Alienation handelte, dem Erwerber die Gewere, welche die Voraussetzung für jede dingliche, auf Grundeigenthum sich beziehende Klage bildete. — Ganz verwerflich

ist dagegen die Ansicht älterer Schriftsteller, welche die Auflassung als ein zur Erfüllung — oder auch zur Consumation des Contracts gehöriges Erforderniß auffassen und hierauf fußend der Tradition, welche außergerichtlich geschieht, die natürlichen Wirkungen, der Auflassung aber die bürgerlichen Wirkungen des Eigenthums beilegen [1]), dort von einem bonitarischen, hier von einem quiritarischen Eigenthume reden. Diese Ansicht ist nach allen Seiten hin, ganz besonders aber in ihrer näheren Begründung, völlig inconsequent und dunkel. Was soll es bedeuten, wenn man die Auflassung als ein Erforderniß zur Erfüllung des Contracts darstellt? Sie ist dieses allerdings in so fern als aus dem, die Alienation vorbereitenden Vertrage auf Auflassung geklagt werden kann. Dann steht sie der Tradition durchaus gleich; auch auf diese kann aus dem Vertrage geklagt werden, auch diese ist dann nichts Anderes als ein zur Erfüllung des Contracts gehöriges Erforderniß. Beide, Auflassung und Tradition sind auf gleiche Weise wesentlich zur Uebertragung des Eigenthums an einer unbeweglichen Sache, und eben so wenig wie man sagen kann, durch Tradition würden die bürgerlichen Wirkungen, durch den bloßen Vertrag die natürlichen Wirkungen des Eigenthums übertragen, darf man auch die obige Behauptung aufstellen. Die Auflassung ist, wo sie noch gilt, die durchaus wesentliche Form für vertragsmäßige Eigenthumsübertragung. Von einer, noch dazu ganz seltsamen Trennung der Wirkungen des Eigenthums kann überall keine Rede sein.

Verwirft man diese Ansicht und hält an dem oben entwickelten Grundprincipe fest, so ergiebt sich für die meisten derjenigen rechtlichen Beziehungen, welche in den obigen Paragraphen zur Sprache gebracht sind, hier wie dort ein und dasselbe Resultat. Nur Einzelnes ist näher hervorzuheben:

I. Fast alle Schriftsteller sind darüber einverstanden, daß vor erfolgter Auflassung nicht der Besitzer, wohl aber der Tradent wirksame Pfandrechte an der übergebenen Sache constituiren könne [2]).

---

1) Diese Ansicht findet sich noch bei Hagemann Cellesches Stadtrecht in der Anmerkung IX. zum 9. Titel. S. 98.

2) Verpoorten Commentatio de investitura allodiorum §. 53. — Klein. Dissertatio de resignatione judiciali. Caput III. §. 10. — Eichhorn Einleitung in das deutsche P. R. §. 175. — Mittermaier Grundsätze des g. d. P. R. §. 161. — Maurenbre-

II. Den Interdictenbesitz hat gewiß derjenige, welchem ein unbewegliches Gut ohne Auflassung übergeben ist. — Ob der Besitz daneben aber auch durch Verjährung zum Erwerbe des Eigenthums führe, mag bestrittener sein. Nach dem älteren deutschen Rechte war die Auflassung ausschließliche Bedingung des vertragsmäßigen Erwerbes am Grundeigenthum; eine Ersitzung, wodurch der Mangel der Auflassung hätte ersetzt werden können war demselben ganz unbekannt. Mit dem römischen Rechte haben wir allerdings eine Ersitzung des Grundeigenthums erhalten; doch darf diese, wenn man mit Consequenz im Sinne des Instituts der gerichtlichen Auflassung verfahren will, als ein Surrogat der Auflassung nicht angenommen werden, indem hierdurch die Zwecke, welche die Auflassung erstrebt, Zwecke, welche auf der utilitas publica beruhen, geradezu vereitelt werden würden. — Befindet der Besitzer sich nicht in conditione usucapiendi, so wird ihm gleichfalls nicht die Publiciana in rem actio zugestanden werden können.

Von diesen Grundsätzen weichen allerdings einige Particularrechte ab, was uns hier jedoch nicht weiter interessiren kann. Hervorgehoben muß aber werden, daß auch das Lüneburgsche Stadtrecht von der consequenteren Ansicht sich entfernt, indem es im Theile II. Titel III. bestimmt:

„Jedoch da Jemand ein verkauft Hauß oder ander unbeweglich Gut, dreyßig Jahr und Tag (mit eingerechnet seiner Eltern, Freunde oder vorigen solches Guts Einhabern, ruhigen Besitz) unangefochten inne gehabt, und derhalben nach solcher Zeit angefochten würde, so kann er in Kraft derselbigen Verjährung (ungeachtet er gleich keinen Hauß=Brief fürzulegen hätte) dabei geschützt und gehandhabet werden".

Uebrigens leidet es wohl auch hier keinen Zweifel, daß der Ablauf der unvordenklichen Zeit wegen des eigenthümlichen Wesens derselben auf das Rechtsverhältniß seine Wirksamkeit äußere.

III. Vielfach findet man ferner die Frage erörtert, ob, wenn das gekaufte unbewegliche Gut tradirt aber noch nicht aufgelassen

---

cher Lehrbuch d. g. d. P. R. §. 225. — Es ist mir auffallend gewesen, daß die letzteren drei Schriftsteller den ersteren, die beiden letzten auch den zweiten auf gleiche Weise falsch citiren.

ist, der Käufer oder der Verkäufer das periculum trage. Ich meine, daß die Beantwortung dieser Frage ganz einfach sei; das periculum trägt stets der Käufer, da der Uebergang desselben auf den Letzteren, sobald der Kaufcontract perfect ist, in Folge allgemeiner Regel eintritt. Der Act der gerichtlichen Auflassung hat aber mit der Perfection des voraufgehenden obligatorischen Vertrages nichts zu thun. Dieserhalb nimmt es mich Wunder, daß Maurenbrecher, welcher das Letztere als richtig anerkannt, behauptet, es sei nicht consequent, dem Käufer vor der Auflassung das periculum aufzubürden, da dieser erst durch die Auflassung Eigenthümer werde. Es scheint als ob dieser Schriftsteller die specielle Vorschrift des römischen Rechts, welche oben bereits hervorgehoben ist, übersehen habe. Abgesehen von dieser, würde es allerdings consequent sein, daß der Verkäufer vor der Auflassung das periculum trage, was denn auch anzunehmen ist, wenn es sich um andere auf Eigenthumsübertragung gerichtete Verträge handelt, und man der Ansicht beipflichtet, daß der Uebergang des periculum auf den, den Eigenthumserwerb Beabsichtigenden in Folge perfecten Vertrages eine singulaire, nur für den Kauf geltende Vorschrift sei [3]).

Das Lüneburg'sche Stadtrecht Theil II. Tit. II. Absatz 2 bestimmt ausdrücklich, daß, wenn nicht besondere, dem Verkäufer als Schuld anzurechende Umstände vorliegen, der Käufer, wie er auch das commodum erhalte, das periculum der verkauften Sache vor erfolgter Auflassung zu tragen habe.

IV. Für alle hervorgehobenen Beziehungen kamen wir bis jetzt zu einem mit den Ausführungen der beiden vorhergehenden Para=

---

[3]) Es sind hierüber zu vergleichen: Klein in diss. s. c. Cap. III. §. 41. — Hagemann Miscellanien zum Celleschen Stadtrechte XII. (Es enthält diese Abhandlung einen Aufsatz des Burgemeisters Carstens, welcher die Frage mit Rücksicht auf das Zellesche Stadtrecht untersucht und sich dahin entscheidet, daß der Käufer das periculum trage). — Mittermaier a. a. O. 4.) — Maurenbrecher a. a. O. Note 4. — Beide letzteren Schriftsteller citiren zu dieser Betrachtung Strube's Rechtliche Bedenken Bd. 1. B. 45, Maurenbrecher daneben noch Pufendorf. Observ. T. III. Obs. 80 u. 180; allein weder Strube, noch Pufendorf redet in den citirten Abhandlungen ein Wort über das Tragen des periculum. Ich führe dieses hier an, damit man mir nicht etwa vorwerfen möge, Ansichten vaterländischer Schriftsteller unbeachtet gelassen zu haben.

graphen übereinstimmenden Resultate. Für eine folgende Beziehung muß man aber, wie ich glaube, zu einem verschiedenen Resultate gelangen. — Ich behauptete im §. 39 sub № IV.: der Tradent könne ungeachtet der vorgenommenen Tradition die übergebene Sache vindiciren und zwar nicht nur von dritten Personen, sondern auch von demjenigen, welchem er die Sache tradirt habe; dieser könne die exceptio rei venditae et traditae der Vindicationsklage mit Wirksamkeit nicht entgegensetzen. Hier muß ich dagegen behaupten: so lange nicht die gerichtliche Auflassung erfolgt ist, kann der Tradent die tradirte Sache wohl von dritten Personen, nicht aber von demjenigen vindiciren, welchem er sie verkauft und übergeben hat, weil dieser der Klage die exceptio rei venditae et traditae mit Effect entgegensetzen wird. — Dieses scheint auf den ersten Anblick auffallend; doch dürfte eine nähere Untersuchung einen völlig genügenden Grund dieser Verschiedenheit gewähren.

Die doli exceptio, welche mit einem specielleren Namen in den Quellen mehrfach als exceptio rei venditae et traditae bezeichnet wird, beruht auf der Voraussetzung, daß Jemand, welcher sich im Besitze einer Sache befindet, von einem Anderen mit einer Vindicationsklage belangt wird, welche zwar an sich begründet erscheint, daneben aber gegen die Grundsätze der aequitas verstößt, weil der Kläger entweder selbst ein bindendes, wirkliches Eigenthum zwar nicht übertragendes, aber doch auf Eigenthumsübertragung gerichtetes Geschäft mit dem Verklagten abgeschlossen hat, oder verpflichtet ist, von einem Andern vorgenommene Veräußerungen anzuerkennen.

Darauf kommt gar nichts an, ob der Besitzende in Folge einer traditio zum Besitze gelangte.

L. 1. §. 5. D. *de exceptione rei venditae et traditae* (21. 3.)

„Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus habet exceptionem contra venditorem, nisi forte venditor iustam causam habeat, cur rem vindicet.“

Es muß nur ein nicht vitiöser Besitz auf Seiten des Beklagten vorliegen. Und wo eine traditio wirklich in der Mitte liegt, da wirkt sie nicht als solche, sondern nur insofern als sie einen nicht vitiösen Besitz auf den Beklagten übertrug. Die traditio, als solche, ist nicht wirksam und kann keine rechtliche Folgen hervorrufen; wäre

sie wirksam so würde wirkliches Eigenthum übertragen, die Vindicationsklage an sich nicht begründet, eine Einrede also unnöthig sein.

Machen wir nunmehr hiervon eine Anwendung. Ich habe im Anfange dieses Paragraphen als leitende Regel den Satz aufgestellt, wenn zur Eigenthumsübertragung Auflassung erforderlich sei, so könne die Tradition keine Wirkungen äußern. Diesem Satze widerspricht es nicht, wenn ich ferner behaupte, der Vindication des Tradenten stehe die exceptio rei venditae et traditae mit Wirksamkeit entgegen; denn dieses ist nicht Folge der vorgenommenen Tradition, als solcher, sondern Folge des Besitzes, an sich und für sich allein. Auf welche Weise der Beklagte zu diesem Besitze gelangte, ob in Folge einer Tradition oder auf anderm Wege, ist ganz gleichgültig, wenn er nur sine vitio dazu gelangte. Das Letztere ist hier aber der Fall, auch wird dadurch, daß der Eigenthumsübergang an die Auflassung gebunden ist, die außergerichtliche Tradition noch keinesweges zu einer gesetzlich verbotenen Handlung, wenn sie vor der Auflassung vorgenommen wird. Wohl aber erscheint in Beziehung auf unsere Verordnungen nach ausdrücklicher Vorschrift derselben die vor erfolgter Anmeldung vorgenommene Uebergabe eines stadtpflichtigen Grundstücks als ein null und nichtiger, gesetzlich verbotener und deshalb mit nicht unbedeutender Strafe zu belegender Act. Der dadurch herbeigeführte Zustand soll nicht geduldet werden, und dieser Zustand würde gerade befestigt werden, wenn man dem Besitze rechtliche Folgen beilegen und der exceptio rei venditae et traditae gegen die Vindicationsklage des gegen die gesetzliche Vorschrift ohne Anmeldung Tradirenden Wirksamkeit zugestehen wollte. Hierin liegt der Grund der oben angedeuteten Verschiedenheit.

Die erörterte Frage wird besonders wichtig, wenn über das Vermögen des Tradenten Concurs ausbricht und der Concurscurator als Vindicant auftritt. In diesem Zusammenhange wird sie auch meist von den Schriftstellern aufgefaßt und beantwortet [4]). Dieselbe Wichtigkeit ist ihr aber auch beizulegen, wenn über das Vermögen des Empfängers Concurs ausbricht und der Tradent vindiciren will. In beiden Fällen wird jedoch die gedachte exceptio, da sie auf der aequitas beruht, durch eine replicatio doli elidirt werden können,

---

[4]) Im Allgemeinen sind zu vergleichen Baueri Opuscula academica. T. I. Diss. XXIV u. XL. — Hagemann Cellesches Stadtrecht S. 99. —

wenn das bedungene Aequivalent berichtigt und beziehungsweise nicht berichtigt ist.

§. 42.

B. Rechtsverhältniß nach erfolgter Anmeldung.

Die Anmeldung bei der Stadtobrigkeit bedingt nach der Vorschrift unserer Verordnungen die Rechtsgültigkeit der Translation der einzelnen jura in re; die gehörig vorgenommene Anmeldung macht deshalb die beabsichtigte Alienation, welche sonst nichtig und strafbar sein würde, zu einer rechtlich möglichen. Andere Wirkungen hat die vorgeschriebene Anmeldung nicht. Hieraus ergeben sich als Folgesätze:

I. Die erfolgte Anmeldung hat auf Gültigkeit oder Ungültigkeit der die Alienation vorbereitenden Verträge gar keinen Einfluß. Sind diese nichtig oder doch nicht völlig wirksam wegen mangelnder Fähigkeit oder Freiheit des Willens der Contrahenten, ist das Object des Vertrages dem Verkehr für immer oder einstweilen entzogen, leidet die Willenserklärung an erheblichen Fehlern, so werden diese, wie andere Mängel durch die erfolgte Anmeldung keinesweges geheilt; denn es gilt hier analogisch der allgemeine Grundsatz: „Judex non dat jura, sed ea, quae sunt confirmat."

II. Wenn zur Translation eines jus in re an stadtpflichtigen Grundstücken Tradition erforderlich ist, so wird diese keinesweges durch die erfolgte Anmeldung überflüssig gemacht, denn diese bedingt nur die rechtliche Wirksamkeit und Gültigkeit der Tradition. Deshalb wird das Eigenthum an städtischen Grundstücken nicht schon durch Anmeldung sondern nur in Folge der daneben bestehenden Tradition erworben. Hieraus ergiebt sich der wichtige Satz, daß der Verkäufer, so lange er nicht tradirt hat, nicht gehindert ist, dieselbe Sache einem Dritten zu verkaufen, diesen Contract gleichfalls anzumelden und den zweiten Käufer durch Tradition zum Eigenthümer zu machen. Persönlichen Entschädigungsansprüchen setzt der Verkäufer hierdurch freilich selbstredend sich aus; allein die Stadtobrigkeit kann diese Unredlichkeit des Verkäufers nicht hindern. Sie könnte dieses nur, wenn unsere Verordnungen ihr eine causae cognitio und confirmatio der Verträge in dieser Beziehung zur Pflicht machten. Dieses thun sie aber nicht, da auch die Lüneburgsche Verordnung von 1736 von einer

causae cognitio und Confirmation in einer anderen speciellen Beziehung redet. — Allerdings redet die Verordnung von 1712 von dem Nachtheile, daß dasselbe Grundstück Mehreren verkauft werde; allein, da in dem dispositiven Theile des Gesetzes eine Vorschrift fehlt, welche es der Stadtobrigkeit möglich machte, diesem Nachtheile vorzubeugen, so kann der Gesetzgeber nur daran gedacht haben, es werde in Folge der vorgeschriebenen Anmeldung ein Jeder in den Stand gesetzt werden, sich zu überzeugen, ob der Verkäufer schon vorher einem Andern das Grundstück, welches er jetzt ausbietet, verkauft habe, und so im Stande sein, sich selbst bei gehöriger Erkundigung gegen Nachtheile zu sichern *). — Es ergiebt sich ferner aus dem Obigen, daß die Stadtobrigkeit durch die Vorschrift unserer Verordnungen nicht auf eine durchaus zuverlässige Weise die Gewißheit erlangt, wer denn eigentlich zur Zeit Eigenthümer der stadtpflichtigen Grundstücke sei, da ja die Contrahenten ungeachtet der erfolgten Anmeldung von dem Contracte zurücktreten können, und so der Verkäufer nach wie vor Eigenthümer bleibt. Doch ist dieser Fall ein durchaus seltener und konnte deshalb in dem Gedanken des Gesetzgebers wohl zurücktreten: „nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt“ [1]).

III. Ich setze ferner folgenden Fall. A. verkauft dem B. ein städtisches Grundstück und tradirt es ihm ohne vorherige Anmeldung mittelst constituti possessorii, so daß er die Detention behält; später verkauft A. dasselbe Grundstück und tradirt es dem C. nach erfolgter Anmeldung. Hier geht ganz unbedenklich der spätere Käufer dem früheren vor, da jener durch rechtsgültige Tradition Eigenthümer geworden ist. Construirt man den Fall so, daß B. in Folge der Tradition auch die Detention erhält, so leidet es gleichfalls kein Bedenken, daß A. den späteren Käufer zum Eigenthümer machen kann, wenn er vom B. das Grundstück mit der Rei vindicatio einfordert, und das wiedererlangte Grundstück nach erfolgter Anmeldung dem C. tradirt.

---

*) Eine andere Interpretation, welche ich jedoch nicht zu billigen vermag, findet sich bei Benfey a. a. O. S. 15.

1) Die Worte der L. 5. D. *de legibus* (I. 3.), welche durch die L. 3. 4. 6. D. *eod.* noch näher erläutert werden.

IV. Nach einer ausdrücklichen Bestimmung des römischen Rechts überträgt die Tradition das Eigenthum an der gekauften Sache nicht anders, als wenn der Kaufpreis bezahlt oder deswegen Credit gegeben ist.

L. 19. D. *de contrah. emt.* (18. 1.)

„Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione".

Es liegt überall kein Grund vor, welcher der Vorschrift unserer Verordnungen gegenüber eine Abweichung von dieser gesetzlichen Bestimmung zu rechtfertigen vermöchte.

V. Nicht unwichtig ist auch die folgende Betrachtung. Wenn ohne vorherige Anmeldung ein dingliches Recht an städtischen Grundstücken transferirt wird, z. B. durch Tradition das Eigenthum, später aber die versäumte Anmeldung nachgeholt wird, convalescirt dadurch die Constitution des dinglichen Rechts? Ich bin der Ansicht, daß diese Frage verneint werden müsse *); denn die frühere Translation des dinglichen Rechts ist ein null und nichtiger Act, wofür die allgemeine Rechtsregel gilt: „quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere" [2]). Diese Regel leidet allerdings einige Ausnahmen, welche jedoch nicht der Art sind, daß sie hier eine directe oder analoge Anwendung finden dürften [3]). — Sehr wichtig ist dieses besonders bei Pfandrechten, welche durch Vertrag allein entstehen. Diese sind erst wirksam von der Zeit der Anmeldung, nicht von der Zeit der Errichtung des Vertrags an. — Handelt es sich um Eigenthumsübertragung und hat der den Erwerb Beabsichtigende in Folge der früheren Tradition die Detention des Grundstücks, so wird natürlich in Gemäßheit der Grundsätze über brevi manu traditio durch den bloßen animus der Besitz und damit Eigenthum nach erfolgter Anmeldung rechtsgültig übertragen werden können.

---

*) A. M. ist Benfey a. a. O. S. 34.

2) L. 29. D. *de Reg. Jur.* (50. 17.)

3) Vergl. v. Savigny System des heutigen römischen Rechts. Bd. 4. S. 554 flgde.

§. 43.

B. Fortsetzung. — Theorie der gerichtlichen Auflassung.

Wenn man auch die Anmeldung unserer Verordnungen ein Surrogat der Auflassung im Allgemeinen nennen mag, so würde doch nichts unrichtiger sein, als ohne Weiteres Anmeldung und Auflassung in einzelnen rechtlichen Beziehungen für identisch zu erklären. Die Anmeldung ersetzt keineswegs die nach allgemeiner Regel des römischen Rechts erforderliche traditio, sie macht diese Handlung nur zu einer rechtlich möglichen. Dagegen ist es ganz entschieden, daß der Act der Auflassung ohne Weiteres das dingliche Recht an der verlassenen Sache, also Eigenthum ohne alle Rücksicht auf traditio überträgt. Hiernach müssen einzelne der im vorigen Paragraphen hervorgehobenen rechtlichen Beziehungen sich anders als dort gestalten.

I. So viel ist freilich gewiß, daß hier, wie dort Mängel eines Rechtsgeschäfts, welche dieses nichtig oder doch nicht völlig wirksam erscheinen lassen, durch Auflassung wie durch Anmeldung nicht geheilt werden. Es kann dieses selbst dann nicht der Fall sein, wenn dem Acte der Auflassung die strengste causae cognitio vorhergehen muß [1]).

II. Der Act der Auflassung überträgt sofort ohne Rücksicht auf Tradition das Eigenthum an dem Grundeigenthume, nicht aber den Besitz. Dieserhalb wird der Erwerber sofort nach erfolgter Auflassung petitorische Rechtsmittel anstellen können, possessorische Rechtsmittel aber erst dann, wenn er den Besitz besonders ergriffen hat. — Der Verkäufer einer Sache, wenn er diese dem Käufer aufgelassen hat, ist nicht mehr in der rechtlichen Möglichkeit, dieselbe Sache anderweit zu veräußern, da er nicht mehr Eigenthümer ist. — Es ergiebt sich ferner ganz von selbst, daß Oeffentlichkeit in Betreff des Grundeigenthums durch das Institut der Auflassung viel vollständiger und gewisser erreicht wird, als durch die Vorschrift unserer Verordnung. Denn wo Auflassung in Frage steht, wird der Erwerb durch den Act der Auflassung, welcher gerichtlich geschieht, abgeschlossen, während die An=

---

[1]) Mittermaier a. a. O. — Maurenbrecher a. a. O. — Hagemann Zellesches Stadtrecht S. 91.

meldung dieses nicht thut, indem sie zum Erwerbe des Eigenthums noch Tradition erfordert, die dann später möglicher Weise unterbleiben kann [2]).

III. Wenn A. dem B. eine unbewegliche Sache verkauft und tradirt, wenn A. sodann später dieselbe Sache dem C. verkauft und sie diesem aufläßt, so fragt es sich, ob B. gegen die Vindicationsklage sich durch exceptio rei venditae et traditae schützen könne? Ich bejahe diese Frage. Auch wenn C. die rei vindicatio erhebt, wozu er, da Eigenthum auf ihn überging, unstreitig für befugt zu halten ist, wird sich B. jener Einrede bedienen können, da er sine vitio im Besitze der Sache ist, und C., als Singularsuccessor des A., sich jene Einrede gefallen lassen muß, da er zu einer Zeit, wo die Tradition bereits erfolgt war, in die Rechte des A. eintrat.

L. 3. D. *de exceptione rei venditae et traditae* (21. 3.)

„Exceptio rei venditae et traditae non tantum ei, cui res tradita est, sed successoribus etiam ejus . . . proderit . . .; pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum jus, sive in eam dumtaxat rem successerint".

Construirt man den obigen Fall so, daß A. dem B. eine Sache verkaufte und aufließ, daß dann später A. dieselbe Sache dem C. aufließ und tradirte, so wird die Vindicationsklage des B. durch exceptio rei venditae et traditae nicht elidirt, gleichviel ob A. dem B. oder C. zuerst verkaufte, weil die zweite Verlassung

---

2) Die Verjährung von Jahr und Tag, welche als Verstärkung der Auflassung dient, indem dadurch Rechte Dritter an dem aufgelassenen Grundeigenthume durch Verschweigung untergehen, interressirt uns hier nicht näher. Durch sie kam nach altdeutschem Rechte der, welchem ein Grundstück verlassen wurde, in das Verhältniß der rechten Gewere. Jene Verjährung gilt sicher nach dem Lüneburgschen Stadtrechte II. 3. — Daß sie auch früher in der Altstadt Hannover gegolten habe, geht aus mehreren, im Stadtarchive aufbewahrten Urkunden des 13. Jahrhunderts hervor, in welchen die Herzoge Otto das Kind und sein Sohn Johann unter anderen Rechten auch dieses bestätigen. Eben so gewiß dürfte es aber auch sein, daß dasselbe im Laufe der Zeit sich nicht fort erhalten habe.

immer zu einer Zeit erfolgte, wo A. Eigenthumsrechte an der Sache nicht mehr hatte [3]).

IV. Der Vorschrift der L. 19. D. *de contrah. emt.* wird man neben der Auflassung Anwendbarkeit versagen dürfen, weil die Auflassung einen festen, ganz entschiedenen Charakter an sich trägt, welcher dem der Tradition zu Grunde liegenden Factum fehlt, im welchem Umstande gerade der Grund und die Rechtfertigung der gedachten Vorschrift gefunden werden darf [4]).

V. Die im vorigen Paragraphen zuletzt erörterte Frage kann hier, da die Tradition, sobald Auflassung zum Eigenthumserwerbe erforderlich ist, anlangend den Eigenthumserwerb überall keine rechtliche Bedeutung hat, gar nicht in Erwägung kommen.

§. 44.

Schlußbemerkung.

Indem ich zum Schlusse auf die angestellten Untersuchungen einen Blick zurückwerfe, bin ich weit entfernt davon zu verkennen, daß einige der gewonnenen Resultate zweifelhaft seien, andere aber denjenigen, welcher das Bedürfniß der Gegenwart ins Auge faßt, wenig zu befriedigen vermögen. In ersterer Hinsicht wird man dem Schriftsteller, welcher den ersten Versuch macht, schwierige Verhältnisse in ihrem ganzen Umfange zu erörtern, etwas zu Gute rechnen dürfen, insbesondere wenn er von dem thörichten Wahne, überall das Richtige getroffen zu haben, entfernt und daneben bereit ist, gediegeneren Forschungen, welche er hervorzurufen durch praktisches Bedürfniß sich veranlaßt fühlt, sein Urtheil unterzuordnen. — In letzterer Hinsicht darf aber dem Interpreten nicht zum Vorwurfe gereichen, was der Gesetzgebung zur Last fällt. Ein Gesetzgeber, welcher den seiner Disposition zu Grunde liegenden Hauptgedanken nicht mit

---

3) Klein l. s. c. III. §§. 8 und 9. — Eichhorn a. a. O. §. 207. — Mittermaier a. a. O. §. 161. — Hagemann a. a. O. S. 91. — Doch stimmen diese Schriftsteller nicht alle mit dem Obigen überein.

4) Wegen der näheren Begründung dieser Ansicht darf ich auf den §. 19 der vierten Abhandlung dieser Schrift verweisen.

Consequenz festhält, vielmehr einer einzelnen Folge desselben eine überwiegende, ihr nicht gebührende Bedeutung beilegt, legt damit auch den Keim des Uebels in sein Gesetz, welcher, wenn die neuere Gesetzgebung ohne jene Inconsequenz zu beachten mit dem alten Gesetz in Berührung tritt, nothwendig dahin führen muß, daß die Rechtsverhältnisse sich immer unorganischer gestalten.

II.

Ueber die Publicität des Pfandrechts nach den Bestimmungen der L. 11. C. qui potiores in pignore (VIII. 18.)

§. 1.

A. Die Constitution des Kaisers Leo und zwei Hauptansichten über die rechtliche Bedeutung derselben.

Die L. 11. C. *qui potiores in pignore* lautet folgendermaßen:

Imp. Leo A. Erythrio P. P: „Scripturae, quae saepe assolent secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae ἰδιοχειρα graece appellantur; sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii vel alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis, sive non: licet conditionales sint, quos vulgo Tabularios appellant, sive non, quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Si autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.“ *Dat. Kal. Jul. Constantinop. Martiano et Zenone Cons.* 469.

Von der Glossatorenzeit herab bis auf den heutigen Tag ist die abgedruckte Constitution des Kaisers Leo der Gegenstand eines Streites gewesen, welcher für das praktische Leben das allergrößte Interesse hat. Zwei Hauptansichten über die rechtliche Bedeutung des kaiserlichen Gesetzes sind es aber, auf deren Beurtheilung es mir hier ankommt [1]).

---

[1]) Wegen der Literatur verweise ich auf Glück, Pandekten-Commentar. Bd. 18. §. 1081. — Mühlenbruch, Pandekten. Bd. 2. §. 306. — v. Vangerow, Leitfaden zu Pandekten-Vorlesungen. Bd. I. S. 809 flgd.

Nach der einen soll jene Constitution auf den Beweis sich beziehen, eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes enthalten, daß öffentliche Urkunden, nicht aber Privaturkunden gegen Dritte Beweiskraft äußern und nur insofern etwas Besonderes lehren, als die von drei rechtschaffenen Männern unterschriebene Privaturkunde der öffentlichen Urkunde gleichgestellt wird. In Folge dieser Ansicht wird von einem öffentlichen und gleichsam öffentlichen Pfandrechte im Gegensatze eines Privatpfandrechtes und somit von einer Publicität des Pfandrechts im römischen Rechte gar nicht die Rede sein können.

Nach der zweiten soll der Kaiser Leo viel weiter gegangen sein, indem er ein wirkliches Rangverhältniß unter mehreren Pfandrechten, ohne Rücksicht auf Beweis einführte und dem öffentlichen wie gleichsam öffentlichen Pfandrechte ein wirkliches Privilegium gegen die allgemeinen Rechtsregeln über Priorität beilegte. Darüber herrscht freilich unter den Anhängern dieser Ansicht großer Streit, in wie weit dieses Privilegium sich wirksam erweise; ob das Gesetz des Kaisers Leo sich auch auf das pignus necessarium beziehe, oder nur auf vertragsmäßige Pfandrechte, gleichviel ob dieselben aus Urkunden oder mündlicher Verabredung hergeleitet werden, oder sogar nur auf vertragsmäßige Urkundenpfänder. In Gemäßheit dieser Ansicht wird man allerdings von einer Publicität des Pfandrechts im römischen Rechte und einem Gegensatze des pignus publicum zum pignus privatum sprechen dürfen.

Gegen diese zweite Ansicht lassen sich gewiß mannichfache Bedenken erregen.

1) Wenn der Kaiser Leo wirklich beabsichtigte, ein eigentliches Pfandprivilegium einzuführen, sei es nun gegen alle Pfandrechte, oder auch nur gegen die vertragsmäßigen, mögen diese nun schriftlich oder mündlich errichtet sein, so würde er sich über eine so wichtige Neuerung unbegreiflich leichtfertig ausgedrückt haben; denn der zweite Satz der Constitution kann nach den Worten und dem Zusammenhange, indem er zum ersten steht, nur so aufgefaßt werden: dem Gläubiger, welcher behuf Geltendmachung eines Pfandrechtes sich auf eine Privaturkunde stütze, solle ein anderer Gläubiger, welcher sich auf eine öffentliche Urkunde stütze, selbst dann vorgezogen werden, wenn er nach den producirten Urkunden auch der Zeit nach jünger erscheine, es wäre denn, daß die Privaturkunde mit der Unterschrift dreier rechtschaffener Männer versehen wäre. Von vertragsmäßigen

mündlich errichteten, so wie von anderen Pfandrechten außer den vertragsmäßigen, spricht der Gesetzgeber nicht einmal andeutungsweise.

2) Nach der zweiten Ansicht würde ferner der erste Satz der Leo'schen Constitution mit dem zweiten, welcher jene Ansicht enthalten soll, in gar keinem wahren Zusammenhange stehen, welches doch der Fall ist, wenn man die erste Ansicht billigt. Alsdann spricht der erste Satz von der Beweiskraft der Urkunden gegen den Aussteller, der zweite Satz von der Beweiskraft der Urkunden gegen dritte Personen.

Beachtet man sodann noch daneben, daß der Gesetzgeber das eigentliche Gewicht des Satzes auf die über Rechtsgeschäfte aufgenommenen Urkunden und nicht auf die beurkundeten Rechtsgeschäfte legt, daß er neben „instrumentis publice confectis" geradezu von „instrumentis quasi publice confectis" redet und im ersten Satze zweifelsohne von der Beweiskraft der Urkunden, welche über Rechtsgeschäfte aufgenommen sind, nicht von der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte an sich; ferner daß es sich hier um ein correctorisches Gesetz handelt und nach der zweiten Ansicht eine viel weiter gehende Abänderung des früheren Rechts angenommen werden muß, als nach der ersteren, so wird man sich geneigt fühlen müssen, die zweite Ansicht zu mißbilligen, der es überdieß an jedem wahren innern Grunde der Rechtfertigung fehlen würde, sobald feststeht, daß die Constitution — abgesehen von der Bestimmung über die instrumenta quasi publice confecta — nur eine Anwendung allgemeiner für den Urkundenbeweis geltender Rechtsregeln enthalte.

Diese Rechtsregeln sind deshalb zuvörderst im Allgemeinen zu entwickeln und sodann auf die Leo'sche Constitution anzuwenden.

§. 2.

B. Entwicklung der Grundsätze über die Beweiskraft von Urkunden gegen dritte Personen.

Der Rechtssatz, daß Urkunden überhaupt gegen den Aussteller und diejenigen, welche an die Facta desselben gebunden sind, beweisen, ist einfach, klar, einer weitern Erörterung nicht bedürftig. Dagegen ist die Frage, welche Beweiskraft Urkunden gegen Dritte, bei deren Ausstellung nicht concurrirende Personen zukomme, eine der bestrittensten auf dem Gebiete der Proceßtheorie. Es bedarf diese Frage besonders hier einer sorgfältigen und umfassenden Erörterung, damit

die auf dieselbe zu gründende Ansicht über die rechtliche Bedeutung der L. 11. cit. gegen die verschiedenen, von der Gegenseite vorgebrachten, scheinbaren Argumente vollkommen gesichert werde.

Es handelt sich hier um die Beweiskraft von Urkunden, welche stets zwei Voraussetzungen hat, Glaubwürdigkeit der Urkunden und Echtheit derselben. Jene Voraussetzung kann man als das innere, diese als das äußere Erforderniß der Beweiskraft jeder Urkunde bezeichnen. Unsere Frage betrifft nun offenbar nur das erste Erforderniß, die Glaubwürdigkeit, eben so wie sich auch nur hierauf der unbestrittene Satz bezieht, daß die Urkunde nur gegen den Aussteller, nicht für denselben beweiset. — Wer also behauptet, daß Urkunden auch gegen Dritte beweisen können, der erklärt nur, daß diese Urkunden ein pertinentes Beweismittel seien, welches, die Echtheit derselben vorausgesetzt, die Wahrheit einer Thatsache darzuthun vermöge. Echtheit der Urkunde ist bei jeder Urkunde, möge sie nun gegen den Aussteller oder gegen Dritte producirt werden, stets und gleichmäßig Erforderniß der Beweiskraft, und muß, wenn sie nicht schon feststeht, von dem Producenten erwiesen werden. Die Beurtheilung der Glaubwürdigkeit ist dagegen an und für sich Gegenstand der richterlichen Reflection.

Nach einer allgemein verbreiteten Ansicht sollen Privaturkunden gegen Dritte nicht anders beweisen, als unbeschworene schriftliche Zeugnisse [1]). Sonach muß ihre Beweiskraft so gut wie ganz schwinden, weil bekanntlich nur zwei, beschworene, mündlich vor dem Richter abgelegte Zeugnisse der Regel nach einen vollen Beweis bilden.

Allein diese Ansicht, wie weit verbreitet sie sein möge, wie gewichtig auch die Autoritäten für dieselbe erscheinen, ist sie wohl in das Leben eingedrungen? Wie häufig kommt es im Gerichtsleben vor, daß der Kläger zu seiner Legitimation sich auf eine Cessions-

---

[1]) Gönner, Handbuch des Processes. Bd. II. Abhandlung 46. §§. 17 und 18. — Martin, Lehrbuch des Processes §. 206, a. E. — Linde, Lehrbuch des Processes §. 276. — Strube, Rechtliche Bedenken. Bd. III. Bedenken 707. (der Spangenb. Ausg.), jedoch nicht ohne Widerspruch mit Bd. I. Bed. 192. §. 3. — Bülow und Hagemann, praktische Erörterungen. Bd. I. Erört. 24. §. 4. flgde. — Spangenberg, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. 6. S. 257.

urkunde, auf ein schriftliches Testament, auf Documente, gegen deren Echtheit kein Zweifel erhoben werden kann, beruft. Kann der Beklagte diesen Urkunden gegen sich, als einen Dritten, die Beweiskraft streitig machen? Und der Richter, welcher den Legitimationspunct ex officio prüfen soll, und in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit so häufig in die Lage kommt, dieses allein und selbständig thun zu müssen, wird er diese Urkunden für Documente ohne genügende Beweiskraft erklären, was er doch thun müßte, wenn sie nur als unbeschworene schriftliche Zeugnisse bewiesen? Nicht selten kommt es ferner vor, daß in Processen, welche über eine verwaltete Vormundschaft oder eine sonstige Administration geführt werden, dem Beklagten der Beweis auferlegt wird, daß dritten Personen bestimmte Zahlungen geleistet worden seien. Wenn nun der Beklagte unzweifelhaft echte Quitungen jener Personen im Beweisverfahren producirt, kann dann der Kläger diesen Urkunden gegen sich, als einen Dritten die Beweiskraft streitig machen, und wird der Richter den Beweis für nicht geführt erklären, wie er dieses thun müßte, wenn jene Quitungen nur als unbeschworene schriftliche Zeugnisse bewiesen?

Doch untersuchen wir die wissenschaftliche Begründung jener weitverbreiteten Ansicht. Spräche man nur von Zeugnissen im weiteren Sinne, in uneigentlicher Bedeutung, so möchte es allerdings nichts Widersprechendes in sich fassen, wenn man in jeder Urkunde ein Zeugniß fände; denn in diesem Sinne bezeugt auch der Testator, daß er eine rechtliche Disposition über sein Vermögen getroffen, es bezeugen Käufer und Verkäufer, daß sie einen Vertrag abgeschlossen haben. Allein daß man in diesem Sinne von Zeugnissen ohne Weiteres nicht rede, ist ganz sicher, da man von unbeschworenen und schriftlichen Zeugnissen spricht, und die gegensätzlichen Begriffe der beschwornen und unbeschwornen, der schriftlichen und mündlichen Aussage nur auf das Zeugniß im eigentlichen und engeren Sinne sich beziehen. Von diesem kann man aber nur reden, wenn dritte Personen vor dem Richter auftreten und aussagen, was sie über eine, die Rechtsverhältnisse der Parteien betreffende Thatsache durch ihre Sinne wahrgenommen haben. Hier tritt die Gefahr ein, daß diese Personen, durch die mannigfachsten Beweggründe geleitet, die Wahrheit nicht sagen werden, daß sie die eine oder andere Partei begünstigen und überhaupt nicht mit der erforderlichen Besonnenheit handeln möchten. Diese dringende Gefahr erkennend, tritt das Gesetz mit positiven Normen hervor und schränkt dadurch das freie Urtheil des Richters ein. Das Gesetz

fordert deshalb die übereinstimmende Aussage zweier Zeugen, es fordert eine mündliche Aussage vor dem Richter, weil das ganze persönliche Benehmen des Zeugen seine Glaubwürdigkeit verstärken oder verringern kann; es verlangt, daß der Zeuge einen Eid leiste, damit hierdurch seine Besonnenheit geweckt werde. — Die Beschränkungen haben jedoch ihre bestimmten Voraussetzungen; wo diese fehlen, darf von jenen nicht die Rede sein.

Wenn ein Testator seinen letzten Willen dem Papiere übergiebt und somit eine Urkunde entsteht, so disponirt er über seine Angelegenheiten kraft allgemeiner Regel; von einem eigentlichen Zeugnisse kann hier unmöglich geredet werden. Wenn ferner zwei Personen zu einem Vertrage sich einigen, so disponiren sie über die eigenen Rechtsverhältnisse, nicht über die dritter Personen; sie bezeugen sich gegenseitig Etwas, nie zeugen sie für einen Dritten. Es kann somit auch nicht gesprochen werden von ihrer Fähigkeit und ihrem Willen, Thatsachen, welche dritte Personen betreffen, ihrer Wahrnehmung gemäß richtig auszusagen, deshalb auch nicht von einem Eide, wodurch auf jenen Willen eingewirkt werden könnte. Jene Personen disponiren über ihre Angelegenheiten, diese und nichts Anderes wollen sie reguliren.

Wie verschieden hiervon ist es, wenn der Kläger zum Beweise einen Brief producirt, worin ein Abwesender schreibt, er habe gehört, daß der Beklagte zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Orte mit dem Kläger einen Vertrag abgeschlossen habe. In diesem Falle enthält die Urkunde allerdings ein Zeugniß im engern Sinne, und wenn man von der Beweiskraft der Urkunde reden will, so kann und muß man sagen, daß sie die eines unbeschworenen schriftlichen Zeugnisses sei. Allein dieser letztere Fall beweiset recht scharf durch den Gegensatz, in welchem er zu den ersteren Fällen steht, wie verschieden diese von jenen sind, daß dort keine eigentliche Zeugnisse vorliegen, sondern schriftliche Erklärungen auf den Grund des rechtlichen Interesses des Disponirenden über gewisse, seiner Herrschaft unterworfene Gegenstände, daß somit auch ohne Begriffsverwechslung nicht von beschwornen und unbeschwornen, schriftlichen oder mündlichen Zeugnissen geredet, die Beweiskraft jener Erklärungen nach diesen Begriffen und Gegensätzen nicht ermessen werden könne, weil diese positiven Normen zu ihrer nothwendigen, durchaus charakteristischen Voraussetzung den Begriff eines eigentlichen Zeugnisses

haben, von welcher sie ohne Willkür und Inconsequenz nicht losgerissen werden dürfen.

Diejenigen der oben citirten Schriftsteller, welche ihre Ansicht näher zu begründen suchen — die meisten stellen dieselbe ohne weitere Begründung hin — erklären, daß die Beweiskraft der Urkunden gegen dritte Personen selbst bis zum halben Beweise wachse, wenn sie aus einer Zeit herrühren, welche dem Zeitraume, in welchen der Rechtsstreit, in dem sie producirt werden, fällt, sehr entfernt liegt. Dieser Umstand kann allerdings im einzelnen Falle für die Beurtheilung der Beweiskraft von Urkunden gegen Dritte von Bedeutung sein, nur ist aber schlechterdings nicht einzusehen, wie derselbe die behauptete Wirkung äußern könne, wenn man den Begriff eines unbeschwornen, schriftlichen Zeugnisses als leitende Norm für die Beweiskraft festhält. Mit dem eigentlichen Zeugnisse kann jener Umstand gar nicht in logische Verbindung gesetzt werden; das Letztere aber vorausgesetzt, würde er zur Erhöhung der Beweiskraft sicherlich nicht führen. So beweiset dieser Umstand, wenn man seine Wahrheit anerkennt, durch einen Rückschluß, wie wenig man von dem Begriffe des eigentlichen Zeugnisses und den damit im nothwendigen Zusammenhange stehenden Gegensätzen der beschwornen und unbeschwornen, der mündlich abgelegten und schriftlichen Aussage, als einer die Beurtheilung der Beweiskraft von Urkunden gegen Dritte leitenden Norm reden dürfe.

Man giebt als Grund der Regel, daß Urkunden gegen Dritte nur als unbeschworne schriftliche Zeugnisse und nicht mehr beweisen, an, daß die Urkunden doloserweise angefertigt sein könnten, um diejenige Partei, gegen welche sie später im Processe producirt werden, zu täuschen und zu betrügen. Von dieser Betrachtung ausgehend gestattet man die so eben gedachte Ausnahme bei alten Urkunden. Unter Berücksichtigung derselben Betrachtung erklärt es sich, daß sämmtliche citirte Schriftsteller ihre Behauptung auf Privaturkunden beschränken. Es scheint diese Beschränkung consequent zu sein, da das Zeugniß einer öffentlichen Behörde, z. B. des Richters, an die gesetzlichen Beschränkungen des Zeugnisses von Privaten nicht gebunden ist, da es beweisend ist ohne Rücksicht auf die bereits mehrfach hervorgehobenen Gegensätze beschworner und mündlicher, unbeschworner und schriftlicher Aussage, da es in unbeschworner schriftlicher Form volle Beweiskraft genießt.

Dieses Alles ist von großem Interesse und nicht geringer prak=

tischer Bedeutung und verdient deshalb näher in Betracht gezogen zu werden.

Ich gestehe nun zu, daß die Berücksichtigung des Umstandes, daß Urkunden angefertigt sein können zum Zwecke, andere zu täuschen, von der allerhöchsten Wichtigkeit sei, daß er sogar das Hauptmoment bei Beurtheilung der Beweiskraft von Urkunden gegen Dritte bilde. Daneben behaupte ich aber im Gegensatze zu den citirten Schriftstellern, daß dieser Grund bei Beurtheilung öffentlicher Urkunden eben so gut und auf dieselbe gleichmäßige Weise in Betracht zu ziehen sei, als wenn es sich um Privat-Urkunden handelt; oder mit andern Worten, ich behaupte, daß jede öffentliche Urkunde eben so wenig allgemein glaubwürdig sei, wie jede Privat-Urkunde.

Wenn der Prediger über eine von ihm vorgenommene Copulation den Copulationsschein ausstellt, der Richter aus seinen Acten eine Bescheinigung ertheilt, daß ein bestimmtes Individuum von ihm mit Strafe belegt worden sei; wenn er im Protokolle erklärt, daß ein Eid geschworen, bestimmte Worte gesprochen seien, so beweisen jene Atteste, dieses Protokoll, in ihrer unbeschwornen schriftlichen Form die in ihnen enthaltene Thatsache vollkommen. Wenn aber der Richter über einen vor ihm abgeschlossenen Vertrag ein Document aufnimmt, so wird hierdurch zwar wohl das äußere nackte Factum, daß die Parteien contrahirten, gegen Jeden vollkommen bewiesen, allein nie, daß der Vertrag ernstlich gemeint, daß er nicht abgeschlossen sei, um Dritte zu täuschen und zu betrügen. Dieses kann der Richter nicht wissen, weil er eben so wenig wie jeder Andere das Innere des Menschen zu durchschauen vermag, er kann es deshalb auch der Natur der Sache nach nicht bezeugen.

Wie ich zugegeben habe, daß eine Privat-Urkunde, welche wirklich ein Zeugniß enthält, auch nur die Beweiskraft eines unbeschwornen schriftlichen Zeugnisses habe, so räume ich auch ein, daß die öffentliche Urkunde, in so weit sie wirklich Etwas bezeugt, auch als Zeugniß beweise, und zur juristischen Gewißheit führe. — Die Beweiskraft öffentlicher wie Privat-Urkunden gilt mir aber gleich, in so weit beide nicht wirklich als Zeugnisse betrachtet werden können, in so weit neben beiden die Betrachtung besteht, ein in der Urkunde enthaltenes Geschäft, eine darin abgegebene Erklärung sei zum Nachtheile und zur Täuschung des Dritten, gegen welchen sie producirt wird, fingirt. — Während nach der gegnerischen Ansicht Privaturkunden gegen Dritte nur die Beweiskraft eines unbeschwor-

nen schriftlichen Zeugnisses ganz allgemein haben sollen, eben so allgemein öffentliche Urkunden volle Beweiskraft, glaube ich annehmen zu dürfen, daß Beides in seiner Allgemeinheit unrichtig sei, daß vielmehr im einzelnen Falle Privat-Urkunden gegen Dritte eine sehr große, öffentliche Urkunden dagegen eine sehr geringe Glaubwürdigkeit haben können. Ich glaube hierin consequent zu verfahren, indem ich den Grund des Bedenkens, Möglichkeit doloser Handlungsweise gegen Dritte überall frei wirken lasse, wo er Berücksichtigung finden kann. Ist dieses aber der Fall, so ergiebt sich die Inconsequenz der bekämpften Ansicht; es stellt sich mit großer Bestimmtheit heraus, daß die gesetzlichen Bestimmungen über das eigentliche Zeugniß nicht die allgemeine leitende Norm bei unserer Frage sein können, daß da, wo Urkunden, seien sie Privatscripturen oder öffentliche Documente, ein eigentliches Zeugniß nicht enthalten, ihre Beweiskraft auch nicht abgemessen werden dürfe nach den Regeln, welche über Zeugnisse von Privaten und öffentlichen Behörden gelten.

Wachenhausen hat in einer ausführlichen Abhandlung den Versuch gemacht, die Irrigkeit der so eben beleuchteten Ansicht darzuthun, weniger dadurch, daß er sie geradezu zu widerlegen strebt, als indem er eine eigene Ansicht zu begründen sich bemüht [1]). Diese geht aber dahin, daß, wenn eine Urkunde ihrem Ursprunge nach ein wahres Geständniß enthalte, dieselbe gegen den Aussteller wie gegen Dritte als Geständniß beweise, somit also volle Beweiskraft genieße. So viel ich weiß, hat diese Ansicht nirgends Beifall, wohl aber Widerspruch gefunden, und, wie auch ich glaube, hat sie nichts Ueberzeugendes. Man vermag nicht einzusehen, wie eine Disposition, welche gegen den unmittelbar dabei Interessirten allerdings wahres Geständniß ist, als solches verbindet und beweiset, gegen einen Dritten, in Beziehung auf welchen sie überall gar nicht als Geständniß gedacht werden kann, als solches auch nicht verbindet, als Geständniß irgendwie beweisen könne.

---

1) Archiv für civilistische Praxis. Bd. XIII. Abh. 6 und 12. — Auch Mühlenbruch in seinem Entwurfe des Civilprocesses §. 321 (der 2ten Auflage) erklärt mit wenigen Worten die obige weitverbreitete Ansicht für irrig.

§. 3.

B. Fortsetzung.

Die Beantwortung der aufgeworfenen Frage findet eine besondere Schwierigkeit darin, daß es sich hier um Begriffe handelt, welche von vorn herein etwas Unbestimmtes mit sich führen, ferner in dem Umstande, daß die Rechtsverhältnisse, welche jene Frage berühren kann, die mannigfachsten Gestaltungen annehmen. Wie häufig die Frage auch im praktischen Leben vorzukommen pflegt, so leicht schenkt man ihr keine besondere Aufmerksamkeit, bis man durch wichtige Rechtsfälle, in welchen jene Frage in Streit gezogen wird, ihre Bedeutung erkennen lernt.

Die Möglichkeit des Beweises hat zu ihrer nothwendigen Voraussetzung die Verstandesfähigkeit und Urtheilskraft des Richters. Der Richter soll von einer Thatsache überzeugt werden; damit er überzeugt werden könne, müssen Gründe auf ihn einwirken, deren Erwägung Sache der richterlichen Reflection ist. Das freie Urtheil, durch positive Vorschrift nicht eingeschränkt, nur geleitet durch seine eigenen Gesetze ist a priori der Maßstab, nach dem die Wahrheit einer Thatsache nach Gründen zu ermessen ist, und wird auch im gemeinrechtlichen Processe dem Richter der Regel nach die allgemeine Norm seiner Entscheidung sein müssen. Ich sage der Regel nach; denn allerdings wird jene allgemeine Norm und zwar von den verschiedensten Seiten her durch positive Vorschrift beschränkt. Diese Beschränkungen treten in unserm Rechte ein, weil es auf einer allgemeinen Erfahrung beruht, daß das Urtheil nicht in jedem Menschen gleichmäßig ausgebildet ist, daß es oft durch unrichtige Vorstellungen sich leiten läßt, weil politische Rücksichten es überhaupt erfordern, daß feste Regeln im Rechte herrschen, um die Rechtsunsicherheit aufzuheben und Gleichförmigkeit in der Beurtheilung rechtlicher Verhältnisse möglichst herbeizuführen.

Die einzelnen positiven Vorschriften haben jedoch ihre bestimmten Voraussetzungen, wodurch sie wesentlich bedingt erscheinen; wo diese fehlen, kann von jenen weder eine directe noch analoge Anwendung gemacht werden, es muß vielmehr die freie Beurtheilung, weil sie als Regel gilt, normirend eingreifen.

Wie die Römer in dieser Beziehung dachten, das geht, wie ich glaube, sehr charakteristisch aus einem Rescripte hervor, welches der Kaiser Hadrian dem Valerius Verus in folgenden Worten ertheilte:

„Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest, sicut non semper, ita saepe sine publicis instrumentis, cuiusque rei veritas deprehenditur, alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim allegari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris." [1]).

Alles, was wir von dem römischen Proceßverfahren wissen, führt zu der Ueberzeugung, daß, wie sehr auch andere Theile desselben an Formen streng gebunden waren, im Beweisverfahren ein freieres Princip vorherrschte, und dem richterlichen Ermessen ein Großes vorbehalten war. Im heutigen Processe verhält sich dieses gerade umgekehrt; wo früher Formen herrschten, herrscht jetzt, mehr als gut ist, Ungebundenheit, und im Beweisverfahren will man Alles unter Kategorien bringen, in Formen einschließen, und so die freie Beurtheilung des Richters eng begrenzen. Hierdurch erleidet die Rechtspflege, in sofern sie Wahrheit und Gerechtigkeit erstreben soll, die empfindlichsten Nachtheile, welche jedoch noch viel größer sein würden, wenn der Praxis nicht hinreichende Kraft inwohnte, gegen mannigfache Folgesätze der Theorie einen siegreichen Kampf zu bestehen.

Den positiven Regeln über den Zeugenbeweis hat man nach verschiedenen Seiten hin einen ungebührenden Einfluß gestattet, so auch bei Beantwortung der aufgeworfenen Frage. Man glaubte an den Regeln über den Zeugenbeweis einen allgemeinen Beweismesser zu haben, man riß die Gegensätze der beschwornen und unbeschwornen, der mündlichen und schriftlichen, der alleinstehenden und mehrfachen Aussage von ihrer Voraussetzung, dem eigentlichen Zeugnisse los, und reducirte somit die Beweiskraft der Privat-Urkunden gegen Dritte auf Null.

Gegen ein solches Resultat, besonders in seiner Allgemeinheit, hätte schon die Praxis warnen können und eine ausdrückliche Vorschrift des römischen Rechts wahren müssen. Die

---

1) L. 3. §. 2. D. *de testibus* (22. 5.)

L. 4. C. *de probationibus* (4. 19.)

„Proprietatis dominium non tantum instrumento emtionis, sed et quibuscunque aliis legitimis probationibus ostenditur“

setzt den Kaufbrief gerade als das gewöhnliche Mittel voraus, wodurch das Eigenthum einer Sache bewiesen werden könne und zeigt somit ganz klar, daß Privat-Urkunden gegen Dritte eine viel größere Beweiskraft zugeschrieben werden dürfe, als die ist, welche einer schriftlichen unbeschwornen Zeugenaussage zukommt; denn das Gesetz spricht allgemein und beschränkt seine Disposition nicht auf das Verhältniß, in welchem der Successor zu seinem Auctor steht.

Ich vindicire die Beurtheilung der Frage, welche Beweiskraft Urkunden gegen dritte Personen zukomme, der Intelligenz des Richters, seinem freien, durch keine specielle, allgemeingeltende Normen gebundenen Urtheile. Wenn eine Urkunde ein wirkliches Zeugniß enthält, so treten die speciellen Normen der Beweiskraft des Zeugnisses ein; ist letzteres nicht der Fall, so kann auf dieselben auch nicht recurrirt werden. Seine rationelle Wahrnehmung wird dem Richter lehren müssen, welchen Grad der Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit in dem einzelnen Falle die in der Urkunde enthaltene Thatsache an sich trage. Er wird hiernach in dem einen Falle zu dem Resultate gelangen, daß eine Urkunde gegen Dritte nicht größere Beweiskraft habe, als ein unbeschwornes schriftliches Zeugniß, aber nicht aus dem Grunde, weil die Regeln des Zeugenbeweises hier direct oder analogisch Anwendung finden könnten; in einem andern Falle wird er annehmen dürfen, daß die Urkunde eben so große Beweiskraft als ein Geständniß genieße, nur nicht aus dem Grunde, weil sie als Geständniß gegen den Dritten beweise.

Bei der außerordentlichen Mannichfaltigkeit der Fälle und Beziehungen, in welchen die zu erörternde Frage Platz greifen kann, erscheint es mir unthunlich, oder doch jedenfalls sehr mißlich, allgemeinere Regeln für das richterliche Ermessen aufzustellen. Im einzelnen Falle wird der Richter nach freier Erwägung aller in Betracht kommenden Umstände entscheiden müssen, oder, um mit dem Kaiser Hadrian zu reden, „ex sententia animi, quid aut credere, aut parum sibi probatum opinari possit.“ Einzelne entscheidende Gesichtspuncte lassen sich allerdings hervorheben.

Als ein solcher erscheint zuvörderst der allgemeine Erfahrungssatz, daß Urkunden aufgenommen werden, weil in den Rechtsverhältnissen

eine Aenderung eingetreten ist, daß sie nicht zwecklos oder zu andern als den natürlichen Zwecken aufgenommen zu werden pflegen, daß sie ihrer Natur nach dazu bestimmt sind, die in den Rechtsverhältnissen eingetretenen Veränderungen zu beweisen. Hieraus ergiebt sich in Folge eines reinen Vernunftschlusses die Annahme, daß die beurkundete Thatsache wahr sei, und zwar allgemein gegen Jedermann. Diese Annahme hat eine überwiegende Bedeutung.

Neben ihr muß die Betrachtung in Erwägung gezogen werden, daß Urkunden aufgenommen sein können zum Scherze, zur Simulation, um Andere zu täuschen und zu betrügen. Auch diese Betrachtung hat nicht geringe Wichtigkeit, nur muß man sich hüten, ihr ein zu großes Gewicht beizulegen. Man verstößt sonst gegen allgemeine Beweisregeln, welche das regelmäßige Verhältniß nicht außer Acht lassen. Wenn eine Urkunde, sei es nun eine öffentliche oder Privat-Urkunde, einen Kaufvertrag enthält, so ist es recht wohl möglich, daß der Kaufvertrag nicht ernstlich gemeint und nur zur rechtswidrigen Täuschung eines Dritten fingirt ist. Wenn nun diese Urkunde gegen einen Dritten zum Beweise producirt wird, so wird regelmäßig durch die bloße Behauptung möglicher Täuschung die Beweiskraft der Urkunde doch nicht geschwächt werden, vielmehr wird der Producent die Abweichung von dem regelmäßigen Verhältnisse zu beweisen haben. In dieser Beziehung stehen sich Urkunden und Zeugen gleich; denn auch Zeugen, welche doch gegen Jedermann, wenn ich mich so ausdrücken darf, in rem, beweisen sollen, können nur das äußere Factum des Contrahirens darthun, nicht, daß der Vertrag wirklich ernstlich gemeint gewesen.

Neben diesen werden im einzelnen Falle noch andere Momente in mannichfacher Reihe in Betracht zu ziehen sein, welche jedoch einzeln nicht aufgezählt werden können. Unter ihnen hebe ich nur als Momente, die einen allgemeineren Charakter an sich tragen, hervor, Berücksichtigung des Zeitraums, welcher zwischen der Aufnahme der Urkunde und dem Beginn des Rechtsstreits, in dem sie producirt werden, liegt, und die Beachtung des näheren oder entfernteren Verhältnisses, in dem die beurkundete Thatsache zu dem Rechtsverhältnisse, welches den Gegenstand des Rechtsstreits ausmacht, steht.

Wenn der Kläger, um sich als Gläubiger zu legitimiren, eine Cessionsurkunde oder ein Testament, in welchem ihm die eingeklagte Forderung vermacht worden ist, producirt; wenn der Vormund zum Beweise, daß er einem Dritten eine Forderung, mit welcher der Pu-

pill diesem verhaftet war, berichtiget habe, die Quitung dieses Dritten; derjenige, welchem ein Testator unter der Bedingung, daß er einem Dritten eine bestimmte Summe Geld zahle, einen gewissen Gegenstand vermacht hat, die Erklärung dieses Dritten, daß er das Geld empfangen habe, beibringt; so sind diese Documente Urkunden, zu denen der Beklagte, der Pupill, der Erbe sich als Dritte verhalten; allein daß sie nicht als bloße unbeschworne schriftliche Zeugnisse beweisen, sondern — die Echtheit derselben natürlich vorausgesetzt — zur juristischen Gewißheit führen, dürfte wohl schwerlich in Zweifel gezogen werden können. Hier ist der Gesichtspunct bezweckter Täuschung gar nicht rechtlich denkbar, weil diese kraft allgemeiner Rechtsregel ohne Erfolg bleiben würde. Es ist hier schlechterdings auch nicht einmal ein scheinbarer Grund ersichtlich, welcher gegen die volle Beweiskraft jener Urkunden vorgebracht werden könnte.

Wenn dagegen der Kläger sich auf die Cessionsurkunde oder das Testament bezieht, nicht um sich bloß zu legitimiren, sondern um den Beweis der Forderung selbst zu erbringen, so steht eben so wenig zu bezweifeln, daß diese Documente, mögen sie nun Privatscripturen oder unter öffentlicher Auctorität aufgenommene Urkunden sein, regelmäßig nicht einmal als unbeschworene schriftliche Zeugnisse gelten, daß sie vielmehr schlechterdings gar Nichts beweisen und ein ganz irrelevantes Beweismittel sind; denn wollte man hier von dem Begriffe des Zeugnisses ausgehen, so läge ein Zeugniß in eigener Sache vor. Auch hier bleibt der Gesichtspunct bezweckter Täuschung ohne allen Einfluß auf die Beurtheilung.

Zwischen diesen extremen Fällen liegen nun aber mannigfache andere in der Mitte, welche der Betrachtung größere Schwierigkeit darbieten können, und die Beachtung der eben hervorgehobenen verschiedenen Gesichtspuncte erfordern. Von den letzteren Fällen verdienen besonders diejenigen hervorgehoben zu werden, in denen Urkunden producirt werden gegen Dritte, welche zwar die Uebernahme einer Verpflichtung von Seiten des Ausstellers der Hauptsache nach, in der geschäftlichen Umgebung aber Momente enthalten, wie z. B. Zeit und Ort, wodurch das Rechtsverhältniß, in welchem der Aussteller gegen den Berechtigten steht, überall nicht, wohl aber das, in welchem der Berechtigte, als Producent zu einem Dritten, als Producten steht, bedeutend alterirt wird.

In allen diesen mittleren Fällen sind folgende Wahrheiten aber wohl zu beachten, einmal, daß die juristische Gewißheit mit der absolu-

ten Gewißheit nicht auf gleicher Linie steht, daß zu der ersteren meistens schon ein hoher Grad der Wahrscheinlichkeit hinreichen muß, und daß der Beweis durch Urkunden nicht durch höhere Gewißheit bedingt ist, als der Beweis durch andere Mittel, insbesondere durch Zeugen; zweitens, daß die Frage, welche Beweiskraft Urkunden gegen Dritte haben, sich nur auf das Erforderniß der Glaubwürdigkeit, nicht aber auf das der Echtheit der Urkunden bezieht.

§. 4.

C. Anwendung der richtigen Theorie auf den Fall der Collision von Pfandrechten.

Die erörterte Frage leidet in keinem Falle eine wichtigere Anwendung, als wenn es sich um eine Concurrenz mehrerer Pfandgläubiger handelt, welche aus einem und demselben Vermögenstheile ihre Befriedigung suchen und zum Beweise ihres Pfandrechts sich auf Urkunden berufen.

Die einzelnen Pfandgläubiger verhalten sich hier, dem Pfandschuldner gegenüber, in ihrem Verhältnisse zu einander als dritte Personen, und wenn es sich um den Beweis ihrer Berechtigungen durch Urkunden handelt, so kommt die Frage über die Beweiskraft von Urkunden gegen dritte Personen nothwendig in Betracht.

Den Grund der Berechtigung bildet die Pfandbestellung an sich. Diese wird durch die Urkunde, wenn sie echt ist, gegen Jedermann bewiesen. Beweisgrund ist hier dem Richter seine rationelle Wahrnehmung, die Einsicht der Urkunde das Mittel, welches zu jener führt. Es handelt sich hier um eine Disposition des Pfandschuldners über sein Vermögen, wodurch er verpflichtet, seine Vermögensverhältnisse aber beschränkt werden, und es liegt kein Grund vor, der Urkunde, welche ihrer Natur nach dazu dient, die in den Rechtsverhältnissen eingetretenen Aenderungen zu beweisen, Glaubwürdigkeit zu versagen. Allerdings bleibt die Möglichkeit, daß die Pfandbestellung nicht ernstlich gemeint und zur Täuschung anderer Pfandgläubiger fingirt sei; allein, wenn die Täuschung auch überhaupt rechtliche Wirkung äußern könnte, was nicht anzunehmen ist im Verhältnisse zu andern Pfandgläubigern in sofern nur die Pfandbestellung an sich in Frage kommt, so würde doch der Gedanke bezweckter Täuschung dem regelmäßigen Verhältnisse der Dinge viel

zu fern liegen, als daß er berücksichtigt werden könnte, außer wenn der Dritte, gegen welchen die Urkunde producirt wird, auf dem Wege des Gegenbeweises seine Behauptung darthäte. Außerdem tritt noch hinzu, daß die mehreren Pfandgläubiger in ein und derselben Lage sind und sonach der einzelne Pfandgläubiger denselben Einwurf, welchen er einem anderen machen könnte, auch sich selbst gefallen lassen müßte. In dieser Beziehung stehen auch jedenfalls öffentliche und Privaturkunden sich völlig gleich, weil die Möglichkeit bezweckter Täuschung auf gleiche Weise denkbar bleibt, mag nun die Pfandbestellung vor einer öffentlichen Behörde, oder zwei classischen Zeugen, oder ohne Zeugen vorgenommen werden.

Während die Pfandbestellung an sich, streng genommen, nicht die concurrirenden Pfandgläubiger berührt, sondern nur den Pfandschuldner und dritte chirographarische Gläubiger, berührt gerade umgekehrt das Moment der Zeit der Pfandbestellung nur allein die concurrirenden Pfandgläubiger, nicht den Pfandschuldner und dritte chirographarische Gläubiger. Unter den Pfandgläubigern ist gerade die Zeit der Bestellung der einzelnen Pfandrechte ganz entscheidend, indem diese, von einzelnen Ausnahmen, den Pfandprivilegien, abgesehen, die Priorität in der Classification bestimmt und so auf die Befriedigung der einzelnen Pfandgläubiger den entschiedensten Einfluß äußert. Die Wichtigkeit dieses Umstandes ruft Gefahr hervor, und legt den Gedanken sehr nahe, daß in Folge einer Collusion zwischen dem Pfandschuldner und dem Pfandgläubiger die producirte Pfandverschreibung eine Antidatirung enthalte. — Das Zeitmoment berührt das Rechtsverhältniß des Pfandschuldners überall nicht, die Antidatirung verpflichtet ihn auf keine Weise und so fehlt uns hier gerade der Umstand, welcher uns veranlassen konnte, wenn es sich um die Pfandbestellung an sich handelte, der Urkunde, welche diese enthält, Beweiskraft zuzuschreiben.

In Beziehung auf das Zeitmoment unterscheiden sich nun öffentliche und Privat-Urkunden ganz wesentlich von einander, und zwar in Gemäßheit der obigen Betrachtung. Wird ein Pfand vor einer öffentlichen Behörde bestellt, so tritt hier die mit öffentlicher Auctorität bekleidete Person als Zeuge im eigentlichen Sinne auf, weil es sich um sinnliche Wahrnehmung eines äußeren Factums handelt, welches gar nicht verkannt werden kann. Der Richter kann bezeugen, nicht, daß eine Pfandbestellung ernstlich gemeint gewesen, wohl aber, daß die Pfandbestellung, mag sie nun fingirt oder ernstlich

gemeint sein, an einem bestimmten Tage vorgenommen worden sei. Da nun das Zeugniß einer öffentlichen Behörde ohne Rücksicht auf die Gegensätze einer allein stehenden und mehrfachen, einer unbeschwornen und beschwornen, einer mündlichen und schriftlichen Aussage vollkommen beweiset, so muß man der öffentlichen Urkunde, wenn es sich um den Beweis des Alters einer Pfandbestellung handelt, volle Beweiskraft beilegen. — Dagegen fehlt der bloßen Privat-Urkunde rücksichtlich des Zeitmoments so gut wie jede Beweiskraft, so lange nicht von außen her Beweisgründe hinzutreten, welche auf gleiche Weise wirken, wie das Zeugniß der bei der Pfandbestellung concurrirenden mit fides publica bekleideten Person. Unzweifelhaft muß es hiernach erscheinen, daß die Privat-Urkunde, wenn zwei classische Zeugen aussagen, daß die Pfandbestellung an dem in der Urkunde angegebenen Tage vorgenommen sei, oder wenn auf künstlichem Wege dasselbe Resultat gewonnen wird, z. B. durch Vergleichung anderer mit jener Pfandbestellung in naher Verbindung stehenden Documente, deren Alter nicht zweifelhaft ist, der öffentlichen Urkunde an Beweiskraft gleichstehe. Nur ist es dann nicht die Urkunde an und für sich, welche diese Beweiskraft genießt.

§. 5.

D. Auslegung der Leo'schen Constitution.

Nunmehr kann die Auslegung der L. 11. C. *qui potiores in pignore* einer besonderen Schwierigkeit nicht mehr unterliegen. Die Verordnung enthält Regeln über den Urkundenbeweis, sie will die Beweiskraft der Urkunden bestimmen. Das äußere Erforderniß dieser Beweiskraft, Echtheit der Urkunden setzt sie als sich von selbst verstehend voraus und bezieht sich nur auf das innere Erforderniß der Beweiskraft, die Glaubwürdigkeit. — In ihrem ersten Satze erklärt sie, daß Urkunden, wenn es sich um den Beweis persönlicher Rechtsverhältnisse handele, stets volle Beweiskraft genießen sollten, mögen sie nun unter Concurrenz einer mit fides publica bekleideten Person, oder unter Zuziehung von Privatpersonen, oder von den Contrahenten allein errichtet sein. Dieser Satz enthält offenbar eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes über die Beweiskraft von Urkunden gegen den Aussteller.

In dem zweiten Satze bestimmt sie dagegen, daß ein Pfand-

gläubiger, welcher sich behuf Geltendmachung seines Pfandrechts auf öffentliche Urkunden stütze, demjenigen Pfandgläubiger vorgehen solle, welcher auf Privaturkunden sich stütze, selbst wenn nach Angabe dieser Urkunden das darin gedachte Pfandrecht früher bestellt sein sollte als das in den öffentlichen Urkunden enthaltene, es wäre denn, daß die Privaturkunden mit der Unterschrift von wenigstens drei rechtschaffenen Männern versehen wären. — Nach der Ausführung im §. 4 darf man hierin ganz einfach eine Anwendung allgemeiner Regeln über Beweiskraft von Urkunden gegen Dritte, und nur insofern etwas Anomales finden, als dem **instrumentum quasi publice confectum** mit dem **instrumentum publice confectum** eine gleiche Beweiskraft beigelegt wird. Etwas Auffallendes kann diese Gleichstellung aber überall nicht an sich tragen. Insbesondere darf daraus nicht geschlossen werden, es könne die Zeit der Pfandbestellung nicht durch zwei Zeugen erwiesen werden; denn beim **instrumentum quasi publice confectum** kommen die drei rechtschaffenen Männer nur als Erforderniß der Urkunden, nicht aber als eigentliche Beweiszeugen in Betracht; es kommt nur auf den Echtheitsbeweis ihrer Unterschrift an, nicht darauf, ob sie zur Zeit des Rechtsstreits noch leben, ob ihnen die Fähigkeit noch beiwohnt, über die frühere Thatsache auszusagen [1]).

Geht man von dieser Auslegung aus, so ist zwischen den beiden Sätzen der **L. 11. C.** *qui potiores in pignore* ein wahrer innerer Zusammenhang leicht ersichtlich, welcher ganz fehlen würde, wenn man in dem zweiten Satze die Anordnung eines eigentlichen Pfandprivilegiums finden wollte. Außerdem, und dieser Punct ist gewiß von großer Bedeutung, verschwindet bei dieser Interpretation alle Schwierigkeit, welche kaum zu ermessen ist, wenn man von der entgegengesetzten Ansicht ausgeht und dieser gegenüber mündlich bestellte vertragsmäßige, gesetzliche und privilegirte Pfandrechte in Betracht zieht, welche der Gesetzgeber in seiner Disposition auch gar nicht berührt hat [2]).

---

1) Das Erforderniß der drei Zeugen bei Urkunden beruht auf demselben Principe, welches auch der Kaiser Justinian in der Novella 73. §§. 1 und 2 in Anwendung brachte.

2) Vergl. auch v. Vangerow a. a. O.

§. 6.

E. Beleuchtung der Gegenargumente.

Schriftsteller, welche die entgegengesetzte Ansicht für die richtige halten, haben auch nicht verkannt, daß auf die obige Art die Schwierigkeit sich am einfachsten löse; nur glaubten sie, daß der Begründung der einfacheren Ansicht nicht zu widerlegende Einwürfe entgegenständen. Was einzelne Schriftsteller vorbrachten, findet sich zusammengefaßt in folgenden Worten von Sintenis:

„Unrichtig ist die Voraussetzung, daß private Urkunden nur gegen den Aussteller beweisen; denn der Gesetzgeber erkannte ja die Möglichkeit, Pfandrechte aus solchen zu erweisen und gegen Dritte geltend zu machen, dadurch ausdrücklich an, daß er ihnen die aus öffentlichen nur vorgezogen wissen will. Wer die Geltendmachung der Pfandrechte aus Privatverträgen oder andern Urkunden gegen Dritte läugnet, der spricht damit die Vernichtung des Pfandrechts durch Veräußerung des zum Unterpfand bestellten Gegenstandes aus. Privaturkunden beweisen gegen Dritte nur dann nicht, wenn sie eine dem Dritten nachtheilige Thatsache enthalten, aber allerdings dann, wenn es sich nur um eine freie Handlung des Ausstellers fragt, die eine Verfügung über einen zur Zeit der Ausstellung zu seinem Vermögen gehörenden Bestandtheil begreift und an die auch Dritte gebunden sind. Dahin gehört nun die Bestellung eines Pfandrechts um so mehr, als dieses der Sache, die sich in den Händen des Dritten befindet, eine besondere dingliche Eigenschaft verleihet, die von einem Eigenthümer gültig bestellt, auch von dessen Nachfolger im Besitz volle Anerkennung finden muß, dieser möge entstanden sein, wie da wolle. Darum spricht ja auch die Constitution ganz allgemein von: jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare, so daß die Beziehung auf Dritte sich von selbst versteht. — Daß ferner die Vorstellung, im Zusammenhange mit der Meinung, daß hier nur den Beweis vorherrschende betreffende Bestimmungen vorhanden seien, von der Führung desselben für Pfandrechte durch andere Mittel als aus Privaturkunden, und Erhebung derselben dadurch zu gleichem Werth mit denen aus öffentlichen (so daß nun wieder das Alter entscheide) ebenfalls dem Inhalt der Constitution ganz entgegen sei, beweist der Umstand, daß dieser Fall dort schon wirklich vorgesehen ist; denn es heißt ja von den Privaturkunden ausdrücklich: es solle sive testibus adhibitis sive non zwar die persönliche

Klage mit gleicher Wirkung Statt haben, wie aus öffentlichen, allein wenn es auf ex hujusmodi instrumentis herzuleitende Pfandrechte ankomme, so sollen die aus öffentlichen vorgehen; denn bei hujusmodi muß doch der ganze von Urkunden überhaupt geltende Satz widerholt gedacht werden. Mithin erkennt der Gesetzgeber den Zeugenbeweis selbst für ungenügend an. Hiernach wird es nun keinem Zweifel unterworfen werden, daß es sich in der fraglichen Constitution nicht bloß um die Kraft von Beweismitteln, sondern um die rechtliche Wirksamkeit von Pfandrechten selbst handele; der Gesetzgeber, dem doch bekannt sein mußte, daß der Beweis eines Pfandrechts auf andere Weise, als durch öffentliche Urkunden auch geführt werden kann, ordnet für den Fall, da ein solcher aus einer öffentlichen Urkunde resultirt, auch einen Vorzug zu entschieden an, (praeponi, etiamsi posterior sit), als daß man annehmen dürfte, er habe gleiche Wirkung beim Beweise durch andere Mittel gewollt" [1]).

Die in dieser Deduction enthaltenen Argumente treffen theils die obige Ausführung gar nicht, theils sind sie augenscheinlich fehlsam. Wenn Sintenis lehrt, die Voraussetzung, daß private Urkunden nur gegen den Aussteller bewiesen, sei unrichtig, so trete ich ihm darin bei. Meine Ausführung wird aber durch dieses Argument nicht getroffen, weil ich nur behaupte, daß die Privaturkunde nicht den Beweis der Zeit der Pfandbestellung ergebe, nicht, daß durch sie die Pfandbestellung an sich nicht bewiesen werden könne. Dieses Letztere wird freilich von dem oben citirten Glück und anderen Schriftstellern behauptet; nach der obigen Ausführung jedoch, wie ich glaube, mit Unrecht. Von diesem Satze würde auch die L. 11. C. *qui potiores in pignore* keine Anwendung enthalten können, weil sie ausdrücklich erklärt, daß das Pfandrecht, wofür sich der Pfandgläubiger auf ein instrumentum publicum vel quasi publicum stützt, dem Pfandrechte, wofür der Pfandgläubiger auf eine bloße Privaturkunde sich stützt nur vorgezogen werden solle. — Dagegen mag ich den Sintenis'schen Sätzen über die Beweiskraft von Urkunden gegen Dritte in ihrer Allgemeinheit nicht beipflichten; denn die beiden Positionen — wenn die Urkunde eine dem Dritten nachtheilige Thatsache enthalte, und wenn sie eine freie Handlung des Ausstellers begreife, die einen zur Zeit der Ausstellung zu seinem Vermögen gehörigen

1) Sintenis, Handb. des gemeinen Pfandrechts. §. 30. S. 270—272.

Bestandtheil umfasse, und an die auch Dritte gebunden seien — stehen gar nicht in einem Gegensatze zu einander, und würden, wenn sie wahr wären, geradezu gegen Sintenis beweisen; denn die Pfandbestellung an sich ist freilich keine dem Dritten nachtheilige Thatsache, wohl aber kann die Pfandbestellung zu einer bestimmten Zeit eine solche sein. Wird eine Privaturkunde angezogen, um aus derselben gegen einen concurrirenden Gläubiger ein früheres Datum zu erweisen, so enthält die angezogene Urkunde ganz offenbar eine dem Dritten nachtheilige Thatsache. Wer die erstere Position billigt, reducirt damit die Beweiskraft der Privaturkunden gegen Dritte so gut wie auf Nichts; denn es dürften wohl nur sehr seltene Fälle sein, in denen die gegen einen Dritten angezogene Urkunde keine diesem nachtheilige Thatsache enthielte.

Allerdings bin ich der Ansicht, daß der Beweis des Zeitmoments durch Zeugen geführt werden könne [2]) und daß das Pfandrecht, dessen Bestellungszeit auf diesem Wege erwiesen ist, mit dem Pfandrechte, dessen Bestellungszeit aus öffentlichen Urkunden hervorgeht, auf gleicher Linie stehe, so daß nun wieder das Alter entscheidet. Dieser Annahme steht sicherlich Nichts entgegen. Zuerst nicht der Umstand, daß der Fall des Zeugenbeweises in der Constitution schon vorgesehen sei, schon aus dem Grunde, weil diese Behauptung unrichtig erscheint; denn wenn auch, wie Sintenis will, bei „hujusmodi" der ganze von Urkunden überhaupt geltende erste Satz wiederholt gedacht wird, so folgt daraus noch gar Nichts, indem der erste Satz der Zeugen nur in sofern Erwähnung thut, als dieselben bei der Abfassung von Urkunden concurrirend gedacht werden, und als Erforderniß der Beweiskraft der Urkunden aufgefaßt werden könnten. Ferner steht jener Annahme auch nicht der Umstand entgegen, daß der Gesetzgeber über den Zeugenbeweis gar nicht redet. Dieses erklärt sich ganz einfach daraus, daß es dem Gesetzgeber nur darauf ankam, den Urkundenbeweis betreffende Regeln aufzustellen. Deshalb ist weder in dem ersten, noch in dem zweiten Satze von eigentlichem Zeugenbeweise die Rede, und eben so wenig wie man einerseits behaupten wird, es könnten die Thatsachen, welche einem persönlichen Rechtsverhältnisse zu Grunde liegen ohne Urkunden durch Zeugen nicht eben so gut wie durch Urkunden gegen den Aussteller

---

[2]) Vergl. auch v. Vangerow, Leitfaden. Bd. I. S. 810.

derselben erwiesen werden, weil in dem ersten Satze von eigentlichem Zeugenbeweise nicht die Rede sei, wird man andererseits behaupten dürfen, es könne das Zeitmoment bei der Pfandbestellung durch Zeugen nicht eben so gut wie durch öffentliche Urkunden dargethan werden, weil hierüber im zweiten Absatze nichts gesagt sei.

Schließlich kann auch nicht bezweifelt werden, daß der vom Gesetzgeber gebrauchte Ausdruck „praeponi" meiner Ansicht nicht widerspreche, da der Mangel an Beweis häufig dahin führen kann, daß ein Pfandrecht, welches der That nach einem anderen nachstehen müßte, dennoch diesem vorgesetzt wird *).

*) Während diese Schrift sich bereits unter der Presse befindet, kommt mir Puchta's vortreffliches Werk „Cursus der Institutionen" zu, in welchem Bd. II. S. 725 und 726 der Verfasser sich gegen die von mir vertheidigte Ansicht mit folgenden Worten erklärt: „Dieser Ansicht steht entgegen, daß die Beschränkung auf die Altersfrage nicht aus dem Gesetze hervorgeht, daß vielmehr selbst der Gegensatz zur Geltendmachung der Forderung (bei der das Alter keine Rolle spielt) auf ein beiden Fällen gemeinsames Moment deutet, und dies kann kein anderes sein als die Existenz der Verpfändung selbst, nebst Umfang (nicht bloß ihr Alter)." Diese Ausführung hat für mich nichts Ueberzeugendes. Der Gesetzgeber legt offenber alles Gewicht auf die Urkunden, Urkunden verschiedener Art bilden den eigentlichen Gegensatz. Deshalb darf man auch nicht mit Puchta den Inhalt des ersten Satzes dahin angeben: „Contracte, verordnet Leo, sollen dadurch, daß die Urkunde ohne Zuziehung anderer Personen aufgesetzt worden ist, an ihrer Wirkung nichts verlieren, sofern die persönliche Klage dadurch begründet werden soll;" sondern vielmehr mit dem Leo'schen Gesetze: „Urkunden, verordnet Leo, welche über Contracte aufgenommen werden, sollen gleiche Beweiskraft genießen, mögen nun andere Personen hinzugezogen sein oder nicht u. s. w." Es ist die Rede von der Beweiskraft der Urkunden, nicht von der Wirksamkeit der Contracte an sich, worüber jene aufgenommen wurden. Das beiden Sätzen gemeinsame Moment bildet die Beweisregel über Urkunden. Die Beschränkung auf die Altersfrage geht aber aus dem Gesetze insofern allerdings hervor, als die Altersfrage nach allgemeiner Regel die allein entscheidende Norm bildet, wenn es sich um die Priorität mehrerer Pfandgläubiger handelt, wovon der zweite Satz der Constitution redet.

§. 7.

F. Eventuelle Erörterungen.

Nach der von mir vertheidigten Ansicht kann von einer Publicität des Pfandrechts im römischen Rechte überall nicht geredet werden. Hält man die gegentheilige Ansicht dagegen für die richtige, so mag man zwar von einer Publicität im römischen Pfandrechte sprechen, allein Nichts kann weniger bezweifelt werden, als daß diese römische Publicität sich von der Publicität der deutschen Pfandrechtssysteme ganz charakteristisch unterscheide.

Die Publicität der deutschen Pfandrechtssysteme führte dahin, daß es stets feststand, wie stark ein bestimmtes Grundstück beschwert, wie hoch also noch sein Werth für diejenigen sei, welche mit demselben in ein Rechtsverhältniß zu treten beabsichtigen. Die Erreichung dieses Zweckes hat zur ganz nothwendigen Voraussetzung, daß bestimmte öffentliche Behörden existiren, zu deren Kenntniß die einzelnen Pfandbestellungen gebracht werden müssen, welche jedem bei der rechtlichen Lage des Grundstücks Interessirten die Einsicht der das Grundstück betreffenden öffentlichen Verhandlungen gestatten. Dieser nothwendigen Voraussetzung geschah im deutschen Rechte dadurch vollkommen ein Genüge, daß die Gültigkeit eines jeden, Immobilien betreffenden Pfandes an die Constitution desselben im Gerichte der belegenen Sache geknüpft war.

Nach der Vorschrift der L. 11. C. *qui potiores in pignore* wird dagegen, damit einem Pfandrechte das behauptete Vorzugsrecht gesichert werde, überall nicht erfordert, daß die Constitution desselben zur Kenntniß bestimmter Behörden gelange, es genügt schon die Bestellung vor irgend einer mit dem jus actorum versehenen öffentlichen Behörde, vor irgend einem tabularius, vor irgend drei rechtschaffenen Männern. Inmittelst dieser Vorschrift kann nur erreicht werden, daß Betrügereien, welche vom Pfandschuldner und jüngeren Pfandgläubigern zum Nachtheile älterer Pfandgläubiger geschmiedet werden, ohne Erfolg bleiben.

Von einer Constitution des Pfandrechts vor besetztem Gericht, von einer causae cognitio, der darauf erfolgenden Confirmation und Ingrossation, welches Alles dem Sinne des deutschen Instituts ganz angemessen war, sagt die Leo'sche Constitution kein Wort und hatte ihrem Zwecke nach dazu auch gar keine Veranlassung. Der Zweck war ohne Weiteres erreicht, wenn nur Sicherheit des Datums vorlag.

Aus dieser Betrachtung ergiebt sich genügend, daß das Ingrossationssystem keinesweges im römischen Rechte seine Wurzel habe, wie vielfach früher und auch wohl noch in neuester Zeit behauptet wurde. Man wird vielmehr umgekehrt behaupten dürfen, daß die vielfach fortlebenden Grundsätze des deutschen Rechts sich einen ihnen nicht gebührenden Einfluß auf die Auslegung der L. 11. C. *qui potiores in pignore* und ihre Anwendung im Leben angemaßt haben. Sie mögen insbesondere guten Theils dahin mitgewirkt haben, daß die Ansicht, welche in jener Constitution ein wirkliches Privilegium findet, sich so außerordentlich weit verbreitet hat.

§. 8.

G. Schlußbemerkung.

Neuere Hypothekengesetze haben den Vorzug öffentlicher Pfandrechte, welchen man in der L. 11. C. *qui potiores in pignore* fand, an die Ingrossation in das Hypothekenbuch des competenten Richters geknüpft und ausdrücklich oder stillschweigend jene Constitution außer Kraft gesetzt. In sofern diese Gesetze aber neben den öffentlichen noch Privatpfandrechte zulassen, wird dennoch die Vorschrift der L. 11. cit., in soweit sie nur eine Anwendung allgemeiner Beweisregeln enthält, nicht außer Acht gelassen werden dürfen. Ein Privatpfandrecht im Sinne jener Gesetze, dessen Datum durch eine öffentliche Urkunde bewiesen werden kann, wird auch dem, der Wirklichkeit nach älteren Pfandrechte vorgesetzt werden müssen, wenn das Datum des letzteren nur durch eine Privaturkunde dargethan werden soll. Dieses folgt schon aus allgemeinen Proceßregeln und man braucht sich zur Begründung dieses Resultats gar nicht auf die römische Constitution zu beziehen. Dagegen wird die Beweiskraft der Privaturkunde, welche mit der Unterschrift dreier rechtschaffener Männer versehen ist, ganz dieselbe sein, als die jeder andern Privaturkunde, da die abweichende Vorschrift der L. 11. cit. eine Singularität ist, welche durch allgemeinere Rechtsprincipien nicht begründet werden kann, und wegfallen muß, sobald eine Aufhebung der L. 11. C. cit., wenngleich in ihrer unrichtigen Auffassung anzunehmen ist [1].

---

[1] Vergl. Abhandlung III. §. 6.

III.

Ueber die Publicität des Pfandrechts im Sinne der Hannoverschen Hypothekenverordnung vom 13. Junius 1828.

§. 1.

A. Einleitung.

Die Auslegung der Königlich Hannoverschen Hypothekenverordnung vom 13. Junius 1828, wenn sie den ganzen Rechtszustand, in welchen das Gesetz eingriff, der Betrachtung unterzieht, ist in der That eins der schwierigsten Unternehmen, welchem ich mich um so weniger zu unterziehen brauche, als die Bestrebungen des Herrn Dr. Reck, jene Verordnung allseitig zu erklären, von dem glücklichsten Erfolge gekrönt worden sind [1]).

Mir kommt es nur darauf an, den Charakter der öffentlichen Hypothek im Sinne jener Verordnung hervorzuheben, unter besonderer Berücksichtigung derjenigen Constitutionen, welche ich in der ersten Abhandlung dieser Schrift zu analysiren versucht habe. Diese Untersuchung wird auch keineswegs durch die gedachten Bestrebungen überflüssig gemacht und ist hier erforderlich, damit feststehe, ob und in wie weit eine Modification der Vorschrift jener Constitutionen, anlangend die Bestellung von Hypotheken am stadtpflichtigen Grundeigenthume, in Folge des angezogenen neuesten Gesetzes anzunehmen sei. Hierdurch werden sich dann auch diejenigen Fragen erledigen, wegen deren Beantwortung ich oben mehrfach auf diesen Ort verwiesen habe.

Der Begriff der öffentlichen Hypothek im Sinne des neuesten Gesetzes ist ein durchaus eigenthümlicher und beruht, wenn ich nicht irre, auf einer Abstraction ohne echte historische Grundlage. Aber dennoch hat er seine Geschichte, die sein Entstehen zn erklären und sein Verständniß zu erleichtern vermag.

---

[1]) Reck. Ueber das deutsche Credit- und Hypothekenwesen. Heft I und II. Göttingen 1830 und 1832, ein Werk, welches, durch wahren historischen Sinn und außerordentlichen Scharfsinn sich auszeichnend, die mannigfachste Belehrung zu gewähren vermag.

§. 2.

B. Historische Betrachtungen. — I. Recht der Theorie.

In den Landestheilen des Königreichs Hannover, für welche die Verordnung vom 13. Junius 1828 erlassen wurde, galt für die Bestellung von Hypotheken das römische Recht als Regel. Die deutschrechtlichen Grundsätze hatten längst aufgehört, als gemeines Recht zu gelten, römischrechtliche Grundsätze waren an ihre Stelle getreten. Diese Regel stellte sich freilich in Folge einzelner Statute und Verordnungen für einzelne Städte und Provinzen als eine durch Ausnahmen beschränkte heraus. Beachte ich hier als solche modificirende Normen nur die in der ersten Abhandlung analysirten Verordnungen, so läßt sich über die Theorie der öffentlichen Hypothek des früheren Rechts, insofern man eine solche überhaupt in der L. 11. C. *qui potiores in pignore* begründet fand, Folgendes sagen:

1) Insoweit die Regel, das rein römische Recht, zur Anwendung kam, bestand neben der öffentlichen eine Privat-Hypothek, von denen die erstere materiell auf ein privilegirtes Pfandrecht hinauslief. Als Erforderniß der öffentlichen Hypothek tritt uns nur eine öffentliche Urkunde entgegen, welche Sicherheit des Datums, nach welchem die einzelnen Pfandrechte rangiren, ergiebt, keine causae cognitio und confirmatio, auch nicht die Vorschrift, daß die öffentliche Urkunde von einer bestimmten öffentlichen Behörde aufgenommen werde. Dieses Alles stand in vollkommener Consequenz mit der ratio der Leo'schen Constitution, welche Betrügereien, die durch ein Antidatiren leicht herbeigeführt werden mögen, verhüten wollte [2]).

2) Wenn dagegen das, durch die Vorschrift der, in der ersten Abhandlung erörterten Constitutionen modificirte römische Recht als Norm eintrat, so konnte nur von einem öffentlichen, nicht von einem Privatpfandrechte im Sinne des römischen Rechts die Rede sein, weil nach jenen Constitutionen ohne Concurrenz einer öffentlichen Behörde, welche nach der L. 11. C. *qui potiores in pignore* ja ohne Weiteres ein öffentliches Pfandrecht bewirkt, überhaupt kein Pfandrecht existent wird. Daß dieses öffentliche Pfandrecht jedoch nicht den Charakter einer privilegirten Hypothek an sich trage, ergiebt sich bei fehlendem Gegensatze ganz ohne Weiteres. Eine causae cognitio

---

[2]) Vergl. Abhandlung V. §. 7.

und Confirmation setzte dieses öffentliche Pfandrecht nicht voraus [3]), wohl aber eine Bestellung vor der in Ansehung des zu verhypothecirenden Grundeigenthums competenten Behörde [4]). Auch dieses Alles steht im vollkommenen Einklange mit der ratio der Verordnungen.

Es folgt hieraus ohne Weiteres, daß das öffentliche Pfandrecht nach der reinen Bestimmung der L. 11. C. *qui potiores* weniger streng bedingt war, als nach der Vorschrift der Verordnungen über Anmeldungen; daneben ist es aber ferner gewiß, daß das letztere wiederum weniger streng bedingt ist, als das öffentliche Pfandrecht des deutschen Rechts [5]). Dieses ist auch den ersteren gesetzlichen Dispositionen gegenüber stets ein öffentliches Pfandrecht, während es sich umgekehrt nicht so verhält.

Wie streng aber auch die öffentliche Hypothek des deutschen Rechts bedingt sein mag, so viel unterliegt doch keinem Zweifel, daß die ausdrückliche Erklärung der Absicht, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, ein Erforderniß jener Hypothek nicht ausmacht, daß vielmehr die Qualität des Acts es ist, welche der Hypothek den Charakter der Oeffentlichkeit verleiht.

Die drei verschiedenen Publicitäten, welche in diesem Paragraphen berührt sind, können in einem Lande, einer Provinz, ja selbst in einer einzelnen Stadt sehr wohl neben einander bestehen: nur ist es durchaus nothwendig, wenn nicht die größte Verwirrung entstehen soll, daß einmal die Gebiete streng abgemarkt werden, für welche die einzelnen Publicitäten als rechtliche Normen gelten, und zweitens der verschiedene Charakter der einzelnen Publicitäten erkannt und dann auf das strengste festgehalten werde.

§. 3.

II. Recht der Praxis.

Werfen wir nunmehr einen Blick auf die Observationen Pufendorf's [1]), die Bedenken Strube's [2]), die Erörterungen Ha-

---

3) Mit Ausnahme der Lüneburg'schen Verordnung. Vgl. Abhandlung I. §. 27.

4) Vergl. Abhandlung I. §. 15.

5) Vergl. Abhandlung I. §. 15.

1) Vergl. insbesondere T. I. Obs. 197. T. II. Obs. 159 und 160. T. III. Obs. 53. Obs. 180. Obs. 206. T. IV. Obs. 176. — Auch Animadversiones. A. 98.

2) Vergl. insbesondere Bd. I. Bed. 267. 279. 270.

gemann's[3]), die juristischen Erfahrungen v. Ramdohr's[4]), und fragen wir, wie jene berühmten Schriftsteller, welche aus der Praxis schöpften und dieselbe daneben gutentheils beherrschten, die im vorigen Paragraphen vorgeführten Rechtsverhältnisse auffaßten, so läßt sich hierauf leider nur eine bestimmte Antwort ertheilen, nämlich die, daß jene Schriftsteller dieselben völlig mißverstanden. Sie ließen sich gerade das zu Schulden kommen, was nach dem Schlußsatze des §. 2. gemieden werden mußte. Hätten aber nur die einzelnen Schriftsteller die Rechtsverhältnisse auf eine und dieselbe Weise mißverstanden, wäre nur ein und derselbe Schriftsteller in seinen Ansichten consequent geblieben, so würde doch ein Zustand von so grenzenloser Verwirrung, wie er uns entgegentritt, wenn die Resultate der einzelnen Untersuchungen zusammen gefaßt werden, nicht haben entstehen können, ein Zustand, von dem man wahrlich mit Göthe sagen mag:

„Da Labyrinthe nun das Labyrinth verwirren,
Wer soll euch Ariadne sein?“

In dieses Dunkel kann nur dadurch Licht gebracht werden, daß man an der Hand durch historische Betrachtung gewonnener leitenden Grundprincipien die einzelnen Untersuchungen jener Schriftsteller, ja die einzelnen Sätze jener Untersuchungen einer strengen Prüfung unterwirft, und dieses hat Reck mit scharfen kritischen Waffen meisterhaft gethan[5]).

Mir kommt es hier nur auf einige allgemeinere Betrachtungen an.

Wo die reine Vorschrift der L. 11. C. *qui potiores in pignore* die Rechtsverhältnisse hätte normiren müssen, begnügte man sich doch sehr selten mit derselben, man bedingte vielmehr die öffentliche Hypothek strenger als nach der Leo'schen Constitution geschehen durfte. Allein was und wieviel an Zuthaten zu jener Vorschrift noch hinzukommen sollte, war ein sehr bestrittener Punct, worüber sogar ein und derselbe Schriftsteller in den einzelnen Fällen verschieden dachte. Das Maximum war, daß die öffentliche Hypothek in ipso judicio bestellt und die Absicht des Schuldners, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, ausdrücklich an den Tag gelegt werden müsse.

---

3) Vergl. insbesondere Bd. II. Erört. 43. Bd. IV. Erört. 59.
4) Vergl. juristische Erfahrungen. Theil II. S. 336. flgde.
5) Credit- und Hypothekenwesen. Heft II. §. 9—28. S. 52—162.

Der Vorschrift der in der ersten Abhandlung dieser Schrift analysirten Verordnungen gegenüber, worauf ganz besondere Rücksicht genommen wird, war man darüber wirklich einverstanden, daß die Beobachtung derselben ein ius reale hypothecae am Grundeigenthume ertheile, aber keineswegs ein öffentliches Pfandrecht. Damit dieses entstehe, sollte noch ein mehreres hinzutreten; doch war man nicht darüber einverstanden, worin denn dieses mehrere bestehe. Hagemann behauptet ausdrücklich, damit eine öffentliche Hypothek entstehen könne, müsse der Schuldner gerichtlich erklären, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, und konnte für seine Ansicht mit Fug und Recht eine Pufendorfsche Observation citiren.

Soviel kann schon an sich gar nicht bezweifelt werden, daß die hannoverschen Schriftsteller, indem sie die öffentliche Hypothek in ihren Erfordernissen strenger bedingten, als solches nach den reinen oder auch modificirten Grundsätzen des römischen Rechts geschehen durfte, deutschrechtliche Grundsätze vor Augen hatten und durch sie geleitet wurden. Ueberdies ergiebt sich dieses daraus, daß jene Schriftsteller bei der Constitution des Begriffs der öffentlichen Hypothek auf andere Schriftsteller sich bezogen, welche über die deutschrechtliche Hypothek handelten. Diese deutschrechtlichen Grundsätze waren aber längst durch das römische Recht als gemeines Recht verdrängt, lebten jedoch noch im Nationalgefühle fort und durchflogen wie unbestimmte Schatten die Luft.

Sonach war das Verfahren jener Schriftsteller schon von vorn herein ein unstatthaftes und sehr gefährlich, weil der construirte Begriff der eigentlichen rechtlichen Grundlage völlig entbehrte; allein nie hätte dasselbe zu der oben angedeuteten heillosen Verwirrung führen können, wenn man die deutschrechtlichen Grundsätze, welche man aus dem Zustande der Vernichtung wieder heraufbeschwor, mit nur einiger Consequenz festgehalten hätte. Wie wenig dieses aber geschah, ergiebt sich daraus:

1) daß man einerseits nicht einmal an dem Hauptgrundsatze des deutschen Rechts, wonach der judex rei sitae bei der Pfandbestellung concurriren muß, festhielt. Nur Hagemann war hierin consequent; Strube vertheidigte eine entgegenstehende Ansicht und Pufendorf war völlig schwankend;

2) daß man andererseits die öffentliche Hypothek noch strenger in ihren Erfordernissen bedingte, als dieses nach den deutschrechtlichen

Grundsätzen geschehen durfte, indem man die erklärte Absicht des Schuldners, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, forderte, damit diese zur Existenz komme, wovon das deutsche Recht überall nichts wußte. Oder sollte etwa dieses fernere Erforderniß dazu dienen, einem Rechtsverhältnisse eine rechtliche Grundlage zu verleihen, welche ihm sonst gefehlt hätte? Was man hierauf arg. L. 8. D. *de castrensi peculio* (49. 17.) zu erwiedern habe, ist klar, nämlich, daß rechtliche Fictionen durch Privatverfügungen nicht begründet werden können [6]).

§. 4.

II. Fortsetzung.

Wie mochten die mehrgedachten Schriftsteller dazu kommen, die ausdrückliche Erklärung von Seiten des Schuldners, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, als ein Erforderniß dieser Hypothek zu postuliren, da dieses den Schriftstellern über die deutschrechtliche Hypothek, auf welche sie sich bei der Construction des Begriffs der öffentlichen Hypothek hauptsächlich stützten, ganz unbekannt war? — Das Forschen nach diesem Grunde hat ein offensichtliches Interesse; denn wenn er aufgefunden wird, so wird er jedenfalls in die Verhältnisse mehr Klarheit bringen, und vielleicht noch dazu dienen können, die Fehler, welche man sich bei der Construction des Begriffs der öffentlichen Hypothek zu Schulden kommen ließ, aufzudecken.

Reck ist der Meinung, Pufendorf habe die Theorie der Absicht, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, in die Praxis eingeführt. Hierin kann ich nicht beitreten, glaube vielmehr, daß Pufendorf diese Theorie im Leben vorgefunden, sie aufgenommen und generalisirt wiedergegeben habe. Jene Theorie bestand in einer Stadt, deren Hypothekenwesen gewiß im hohen Grade trefflich ist, nämlich in der Altstadt Hannover.

So weit die Hausacten des Stadtgerichts zu Hannover in der Zeit hinauf reichen, ununterbrochen bis auf den heutigen Tag, wur-

[6]) „Si forte uxor, vel cognatus, vel quis alius, non ex castris notus, filiofamilias donaverit quid, vel legaverit et expresserit nominatim, ut in castrensi peculio habeat: an possit castrensi peculio adgregari? Et non puto. Veritatem enim spectamus, an vera castrensis notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit.“

den hier Hypotheken bestellt als „hypothecae publicae et iudiciales“, „als öffentliche und gerichtliche Hypotheken“, und die bestellte Hypothek wurde confirmirt „als öffentliche und gerichtliche Hypothek“, „in vim hypothecae publicae et iudicialis.“ Die Hausacten reichen aber bis in den Zeitraum, welcher zwischen der Erlassung der ersten und zweiten der in der ersten Abhandlung dieser Schrift analysirten Verordnungen liegt (1712—1733).

Auch ist es gar nicht schwer zu erklären, wie man hier auf einem ganz einfachen Wege zur Berücksichtigung der Absicht der Contrahenten bei Bestellung der Hypothek gelangen mochte, wenn man nur die Entwickelung des Hypothekenwesens in der Altstadt Hannover, wie sie im §. 16 der ersten Abhandlung dieser Schrift gegeben wurde, festhält und in nähere Erwägung zieht.

In der Altstadt Hannover hatte sich nämlich ausnahmsweise die deutschrechtliche Hypothek forterhalten, neben derselben bestand aber die Privathypothek des römischen Rechts, jener nur an Wirksamkeit nachstehend. So lange nun die letztere keine Veränderung erlitt, wäre die Berücksichtigung der Absicht der Contrahenten, welche vor dem Rathe eine Hypothek bestellten, etwas sehr Auffallendes gewesen; sobald aber die neben der öffentlichen gerichtlichen Hypothek bestehende Privathypothek durch die Verordnung über Anmeldung vom Jahre 1712 afficirt und in Gemäßheit dieser Verordnung an die Concurrenz derselben Behörde geknüpft wurde, vor welcher auch die deutschrechtliche Hypothek bestellt werden mußte, erhielt auch die Berücksichtigung der Absicht der Contrahenten sofort einen ganz guten Sinn; denn man mochte nun fragen, ob der Schuldner eine öffentliche gerichtliche, oder die ihr nachstehende Privat-Hypothek dem Gläubiger einzuräumen beabsichtige und wenn jener nicht das Erstere ausdrücklich erklärte, in Folge einer für Rechtsgeschäfte geltenden allgemeinen Interpretationsregel annehmen, derselbe habe nur beabsichtigt, das seine Rechte am wenigsten beschränkende Rechtsverhältniß einzugehen. — Sonach wird die Berücksichtigung der Absicht der Contrahenten bei der Hypothekbestellung durch die Eigenthümlichkeit der hypothekarischen Verhältnisse in der Altstadt Hannover ganz einfach erklärt, ob gerade vollkommen gerechtfertigt, kann man billig dahin gestellt sein lassen.

Daß nun die mehrgedachten Schriftsteller das Obige vor Augen hatten, indem sie bei der Construction des Begriffs der öffentlichen Hypothek auch die erklärte Absicht des Schuldners, eine öffentliche

Hypothek bestellen zu wollen, als Erforderniß derselben aufstellten, scheint mir aus dem Grunde in einem sehr hohen Grade wahrscheinlich, weil dieselben sämmtlich bei ihren Untersuchungen auf die Altstadt Hannover, und nur allein auf diese Stadt eine ganz besondere Rücksicht nehmen. Mit wie wenig Grund man jedoch hierbei verfuhr, braucht kaum angedeutet zu werden. Wo fand sich denn außer der Altstadt Hannover jene Eigenthümlichkeit der Verhältnisse, welche der Berücksichtigung der Absicht einen Sinn verlieh? Nirgends. Wo lebte denn überhaupt noch die deutschrechtliche Hypothek außer in der Altstadt Hannover fort? Nur in wenigen Städten, auf welche jene Schriftsteller gar keine besondere Rücksicht nahmen.

Ich kann jedoch diese wichtige Untersuchung nicht verlassen, ohne eine Pufendorf'sche Observation, welche gerade in diesem Zusammenhange ein bedeutendes Interesse darbietet, in nähere Erwägung zu ziehen [1]). Dieselbe lautet, soweit sie hier in Betracht kommt, folgendermaßen:

§. 1. — Ad hypothecam publicam in iudicio constitutam approbatio iudicis et approbatio requiritur. Schilter Exerc. 33. ad ff. §. 7. Schweder de auct. publ. ad pign. seu hypoth. publ. constitut. necessaria §. 2. Quod dixi approbationem, id Schwederus c. l. et Harprecht in Diss. de pignore publico §. 13 expressit consensum iudicis. Similiter habet Schaumburg in Comp. Jur. Digest. tit. de pignore. §. 4.

§. 2. — Videamus an in hypotheca proposita causae cognitio et forma iudicii requiratur. Et formam iudicii requiri tenet Mevius P. VII. Dec. 179. Certe causae cognitionem intercedere oportere, ex eo conficitur, quod in omni confirmatione valida causae cognitione opus est. Corvinus Aphor. Jur. Canon. S. 3. tit. 41. §. 2. 5. Boehmer. J. Eccles. Protest. T. I. S. 2. tit. 29. §. 3. Idque fraudis evitandae gratia quoque necessarium videtur, ne alias ex ipsa iudiciali approbatione et confirmatione fraudes oriantur. Quod quidem secundum mores et statuta Lubecensium iisque locis, ubi constitutio hypothecae in Senatu vel iudicio eiusque relatio in librum publi-

---

[1]) Sie findet sich in den Pufendorf'schen Observationen Bd. III. als Obs. 206 und führt die Ueberschrift „De forma hypothecae publicae et iudicialis.“

cum requiritur, dubitationem item nullam recipit. Schweder c. l. §. 21.

§. 3. — Ex quo quidem sua veluti sponte sequitur, si quidem cognitione causae opus est, peragendum esse totum negotium in ipso iudicio et praevio iudicis decreto, adeoque in statis diebus iudicialibus et in pleno Senatu.

§. 6. (Casus). Magistratus cuiusdam civitatis hypothecis publicis in iudicio constituendis formam praescripserat, ut debitor et creditor statis diebus iudicialibus ad se accederent, utque gesta de constitutione hypothecae confecta toti collegio repraesentarentur, et deinde de relatione in librum publicum decerneretur. Visum est, huiusmodi formam utique valere, quia et rationi iurique communi conveniens esset, et praeterea, quoniam omnis hypothecae vis ab auctoritate Magistratus dependeat, qui dare vel negare consensum et auctoritatem possit, merito formae quoque constitutio ei relinquenda esset. Sed etsi antea de ea re constitutum non fuisset, de quo nihilominus contrarium ex noviori statuto apparebat, tamen eam formam in antea constituta hypotheca observandam fuisse, placuit. Cum igitur creditores probationi se offerrent, formam eam custoditam non fuisse, haec probatio a summo Tribunali admissa est in causa des Curatoris der Forkischen Kinder, Winklers, wie auch des Kaufmanns Dommes uxor. nomine contra den Weinhändler Meyer in Hannover in puncto praeferentiae d. 21. Decbr. 1754. hunc in modum: Weilen Appellat Meyer bey geschehener Zurückgebung seiner älteren Obligationen und Erlassung seiner vorigen Hypotheken den in der Forkischen Erstigkeits-Urthel ihm angewiesenen Platz anders nicht als aus der am 11. May 1750 bei Rathhause bestellten öffentlichen und gerichtlichen Hypothek behaupten kann, Appellaten [2]) aber mittelst derer von ihnen übergebenen Beweis-Artikul und sonst auszufüren sich erboten, daß solche gerichtliche Hypothek denen Gesetzen und Verordnungen bey Rathhause gemäß nicht errichtet worden, mithin von keiner Kraft sey, sothaner Beweis auch allerdings für erheblich zu erachten ist, als lieget Appellaten ob, bei nächstem Gerichtstage seine Notdurft, zugleich auf die in gegenwärtiger Instanz übergebene Beweiß-Articul, als welche

[2]) Statt „Appellaten" muß wohl richtiger gelesen werden „Appellanten?"

hiermit bis auf den Art. 2 und 3, welche von Amtswegen verworfen werden, ad probandum zugelassen werden, erlaubte Fragstücke einzubringen u. s. w. In restitutionis instantia circa statutum antecedens a. 1744 denuo dubitatio movebatur, urgebatur quoque, sed perperam, jus hypothecae ex constitutione a. 1733. Summum autem Tribunal d. 13. Oct. 1733 decretum dedit hujusmodi: Weilen dasjenige, was wegen der öffentlichen und gerichtlichen Hypotheken in der Rathsverordnung a. d. 1752 enthalten, den gemeinen Rechten gemäß ist, überdem auch Appellate die ältere Verordnung d. a. 1744 nicht beygebracht, die nach der Landes Verordnung d. a. 1733 zu errichtende Anzeige aber, wenn solche gebürend geschehen, demselben zwar eine Hypothek am Hause, keineswegs aber eine öffentliche und gerichtliche Hypothek an des Cridarii Gütern mittheilen kann, inzwischen auch an dem Hause und übrigen Immobilibus der Forkischen Kinder demselben wegen ihres Mütterlichen und Großmütterlichen, und desfalls habenden hypothecae legalis vortreten und alles absorbiren würden — — — so findet das Restitutionsgesuch keine Statt, sondern es hat vielmehr der Appellat seine etwaige Fragstücke und Gegenbeweis nunmehro in proxima allhier einzubringen."

Wenn man die Ausführung im §. 16. der ersten Abhandlung dieser Schrift vergleicht, so ist gar nicht zu zweifeln daß der im §. 6. der Observation erwähnte Magistrat die städtische Obrigkeit der Altstadt Hannover war. Dieses sagt daneben noch ausdrücklich v. Ramdohr, welcher denselben casus beleuchtet und hinzufügt: es habe sich darum gehandelt, ob das Statut von 1752 auf eine im Jahre 1750 vollzogene Hypothek habe zurückgezogen werden können; derjenige, welcher das Gegentheil behauptet, habe geglaubt, es genüge schon, wenn die privatim vollzogene Hypothek dem Magistrate nach der Verordnung v. 1733 zur Anzeige gebracht worden, um ihr den Effect einer öffentlichen und gerichtlichen mitzutheilen [3]).

Diese letztere Ansicht war gewiß unrichtig, weil die deutschrechtliche Hypothek, wie sie in der Altstadt Hannover sich forterhalten hatte, viel strenger bedingt erscheint, als dieses nach der fraglichen Landesordnung anzunehmen ist. Allein ferner konnte auch nicht in Frage kommen, ob dem Statute von 1752 rückwirkende Kraft beige-

[3]) v. Ramdohr. Juristische Erfahrungen. Bd. II. S. 337.

legt werden dürfe, denn sowohl dieses als die ihm vorhergehenden legen schon durch die Fassung an den Tag, daß sie ein bestehendes Recht einschärfen wollen.

Die mitgetheilte Entscheidung war wenigstens in der Hauptsache eine richtige, allein die Entscheidungsgründe entbehrten jedes rechtlichen Grundes. Sie hätten auf die der Stadt eigenthümlichen hypothekarischen Verhältnisse, nicht darauf, daß die Vorschriften des Statuts mit dem gemeinen Rechte in Einklang ständen, gestellt werden müssen; denn die gedachten Vorschriften waren als gemeines Recht längst verdrängt, und lebten nur noch an wenigen Orten fort.

Und wie argumentirte Pufendorf? Er construirte den Begriff der öffentlichen gerichtlichen Hypothek mit Bezugnahme auf Schriftsteller, welche das deutsche Recht vor Augen hatten, ja selbst mit Rücksicht auf die Gerichtsordnungen der Altstadt Hannover; er verglich nun mit diesem Begriffe die Vorschriften der Gerichtsordnungen und mochte dann sagen, es komme gar nicht darauf an, ob diese Vorschriften durch besondere Statute vorgeschrieben worden, da sie gemeinrechtlich seien. Offenbar hätte er aber sagen müssen, die Gerichtsordnungen kämen nicht besonders in Betracht, weil die in ihnen enthaltenen Vorschriften den deutschrechtlichen Grundsätzen gemäß seien, welche sich gegen die gemeinrechtlichen Grundsätze des römischen Pfandrechts in der Altstadt Hannover ausnahmsweise forterhalten hätten [4]).

Darin lag also der große Fehler und die Hauptquelle der großen Verwirrung, welche wir in den Schriften der hannoverschen Praktiker

---

[4]) Folgendes verdient wohl noch nebenbei Beachtung. Pufendorf, der in dieser Observation die Constitution der Hypothek in ipso judicio als ein gemeinrechtliches Erforderniß der öffentlichen Hypothek postulirte, hielt an einem andern Orte (IV. 176) es schon für genügend, wenn eine Hypothek auf einseitiges Verlangen des Schuldners in vim hypothecae judicialis confirmirt werde. Auf gleiche Weise hielt Pufendorf an anderen Orten die Bestellung der öffentlichen Hypothek für einen Act der jurisdictio voluntaria mera, oder schwankte doch in dieser Beziehung, während er hier sogar die Bestellung der Hypothek vor vollem Rathe für ein gemeinrechtliches Erforderniß der öffentlichen Hypothek hält. Mußten solche Inconsequenzen nicht die größte Verwirrung herbeiführen? — Und welche Logik herrscht in dem §. 3? Hat man schon sonst jemals die Behauptung gefunden, weil ein Rechtsgeschäft der causae cognitio bedürfe, müssen es an bestimmten Tagen, vor vollem Gerichte, eingegangen werden?

finden, daß man das, was für die Altstadt Hannover galt generalisirte und für gemeinrechtlich erklärte, was nur localrechtliche Bedeutung hatte.

§. 5.

C. Begriff der öffentlichen Hypothek im Sinne des neuesten Gesetzes.

Die Königlich Hannoversche Verordnung vom 13. Junius 1828 [1]) lautet, soweit sie hier in Betracht kommt, folgendermaßen:

§. 1.

„Vom ersten October d. J. an können keine Hypotheken anders öffentlich bestellt werden, als durch Eintragung in das Hypothekenbuch des zuständigen Richters.

§. 2.

In sofern eine zu bestellende öffentliche Hypothek unbewegliche Sachen ergreifen soll, ist allein derjenige Richter zuständig, dessen dinglicher Gerichtsbarkeit jede einzelne unbewegliche Sache unmittelbar unterworfen ist.

§. 4.

Bevor der Richter irgend eine Hypothek einträgt, muß er sich überzeugt haben, daß alle bisherigen rechtlichen Erfordernisse zu deren Gültigkeit vorhanden sind. Insbesondere muß die Absicht, gerade eine öffentliche Hypothek einzuräumen, erwiesen sein, entweder durch des Schuldners persönliche Erklärung, oder durch glaubhafte öffentliche Urkunden.

Der Zeitpunct der wirklich erfolgten Eintragung bestimmt sodann den Anfang und das Alter der öffentlichen Hypothek.

§. 6.

Hypotheken, welche vom 1. October d. J. an, entweder nur vor Zeugen, oder vor Notar und Zeugen, oder vor dem nicht zustän-

---

[1]) Sie führt die Ueberschrift: „Verordnung für die Provinzen, wo das gemeine Recht gilt, über die Zuständigkeit der Gerichte zu Bestellung der öffentlichen, die Abschaffung der gleichsam öffentlichen und die Controverse über den Rang der einfachen gesetzlichen Hypotheken.

digen Richter, oder selbst vor dem zuständigen Richter bestellt werden, haben insgesammt lediglich die Rechte und den Rang bloßer Privathypotheken, so lange nicht die Eintragung in das Hypothekenbuch des zuständigen Richters hinzugetreten ist" [2]).

Wie man auch über diese Sätze vom legislativen Standpuncte herab, auf welchen ich mich nicht stellen will, denken möge, aus dem dogmatischen Gesichtspuncte wird man nicht umhin können, den durchaus wohlthätigen Einfluß anzuerkennen, welchen dieselben auf das Recht der Praxis äußerten. Das Gesetz fixirte die Theorie von der Absicht, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, welche bis dahin als ein wankender Schatten sich umhertrieb, und verlieh ihr die rechtliche Grundlage, welche bis dahin gänzlich fehlte. Hiermit ist ein Großes gewommen; denn es mangelt nunmehr der Abstraction, wodurch der Begriff gewonnen wurde, nicht mehr, wie früher der eigentliche Halt, und das durch Unbestimmtheit in der Praxis herbeigeführte Schwanken muß wenigstens für die Zukunft aufhören.

Der Begriff der öffentlichen Hypothek, im Sinne der Königlich Hannoverschen Verordnung, ist ein durchaus eigenthümlicher. Die durch sie eingeführte Hypothek ist weder im Sinne des römischen noch des deutschen Rechts eine öffentliche Hypothek; denn hier entscheidet die Qualität des Acts, der Umstand, daß eine öffentliche Behörde bei der Hypothekbestellung concurrirt, also ein objectiver Grund, während dort die Absicht der Contrahenten, also eine subjective Rücksicht, in Erwägung zu ziehen ist. Sonach muß der Ausdruck der Verordnung „öffentlich" in einem technischen, und nicht im historischen und zugleich natürlichen Sinne des Worts aufgefaßt werden. In dem letzteren Sinne sind auch die im §. 4 der Verordnung genannten Hypotheken ohne Weiteres öffentliche Hypotheken, denen doch die Verordnung das Prädicat „öffentlich" in ihrem Sinne ausdrücklich abspricht.

Die öffentliche Hypothek des hannoverschen Rechts ist recht eigentlich eine privilegirte Hypothek. Man kann auch vielleicht sagen, dieselbe sei ein Vorzugsrecht, womit unter bestimmten Bedingungen eine Hypothek bekleidet werden könne. Beides, das Vorzugsrecht und die Hypothek an sich, sind aber im Gedanken wenigstens streng

---

[2]) Ebhardt, Sammlung Bd. I. S. 531. flgde.

zu trennen; geschieht dieses, so kann die Construction des Begriffs nicht großen Schwierigkeiten unterliegen.

Das gedachte Vorzugsrecht kann nur durch Ingrossation erworben werden. Die Ingrossation ist durchaus wesentlich und nothwendig; sie bestimmt nach dem §. 3 der Verordnung den Anfang und das Alter der öffentlichen Hypothek.

Damit aber die Ingrossation erfolgen könne und hierdurch das Vorzugsrecht gewonnen werde, ist ein Zwiefaches erforderlich:

1) eine nach gemeinrechtlichen, particular- oder localrechtlichen Vorschriften rechtsbeständige und zwar im historischen Sinne öffentliche Hypothek. Daß sie eine im historischen Sinne öffentliche Hypothek sein müsse, glaube ich annehmen zu dürfen, weil der Gesetzgeber seine Vorschrift an diesen Begriff offenbar anschloß und die von ihm im §. 6 im Gegensatze zur öffentlichen Hypothek im Sinne der Verordnung aufgezählten Hypotheken sämmtlich den Charakter öffentlicher Hypotheken im historischen Sinne an sich tragen. Daß diese Annahme einiges, wenn gleich kein großes Interesse habe, wird aus der Ausführung im folgenden Paragraphen hervorgehen.

2) Allein diese objectiven Erfordernisse genügen keineswegees um eine Hypothek ingrossationsfähig erscheinen zu lassen; es muß noch ein subjectives Moment hinzutreten, nämlich die Absicht des Schuldners, das Vorzugsrecht einräumen zu wollen. Diese Absicht wird nicht präsumirt bis zum Beweise des Gegentheils; vielmehr wird nach einer allgemeinen Interpretationsregel über Rechtsgeschäfte angenommen, daß der Schuldner seine Rechte und Befugnisse so wenig als möglich habe beschränken wollen, wenn nicht der Schuldner seine Absicht, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, ausdrücklich und zwar auf eine glaubwürdige Weise entweder durch persönliche Erklärung oder in glaubhaften öffentlichen Urkunden an den Tag gelegt hat. — Es fragt sich nun aber, was der Schuldner erklären müsse, damit dadurch seine Absicht, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, erwiesen vorliege. Muß er etwa gerade sagen: „er wolle eine öffentliche Hypothek bestellen,“ oder: „er bitte um Ingrossation einer bestellten Hypothek,“ oder muß er vielleicht sogar beide Erklärungen abgeben? — Ich kann mir nicht denken, daß dieser Punct besonders zweifelhaft sein könne [3]); denn wenn aus den §§. 1. 4. 7 als sicheres Resultat hervorgeht, daß der Richter jede öffentliche Hy-

---

[3]) Vergl. jedoch Reck, Credit- und Hypothekenwesen. Heft II. S. 274. flgde.

pothek ingrossiren müsse, und andererseits, daß er nur die öffentliche Hypothek ingrossiren dürfe, so kann es nicht bezweifelt werden, daß sowohl die Erklärung des Schuldners, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, als auch die von demselben an den Richter gerichtete Bitte, eine bestimmte Hypothek zu ingrossiren, auf gleiche Weise genügen müsse, um die privilegirte Hypothek des Hannoverschen Gesetzes zu gewinnen. Ja! da es sich hier um den Beweis der Absicht und nicht um Worte handelt, muß jede Erklärung des Schuldners genügen, woraus mit Sicherheit auf die in Frage stehende Absicht geschlossen werden kann, z. B. wenn sie dahin gerichtet wird, man wolle auf die wirksamste Art und Weise, oder im Sinne der Verordnung vom 13. Julius 1828 eine Hypothek bestellen.

Nach der Verordnung fällt das forum für die Bestellung mit dem forum für die Ingrossation nicht nothwendig zusammen; ja im Gedanken kann das eine von dem andern in jedem einzelnen Falle getrennt aufgefaßt werden. Könnte dieses nach den Worten der Verordnung noch einem erheblicheren Zweifel unterliegen, so würde derselbe ganz sicherlich durch die Vergleichung der hier einschlagenden Bestimmungen unserer Verordnung mit den correspondirenden Vorschriften des ursprünglichen Entwurfs und den von der Staatsgewalt gebilligten Abänderungsvorschlägen der Landstände gehoben [4]. — Für die Ingrossation ist nur der judex rei sitae zuständig, der Richter, welchem die unbewegliche Sache, die verpfändet werden soll, unmittelbar unterworfen ist; ohne seine Concurrenz kann also keine öffentliche Hypothek im Sinne der Verordnung entstehen. Dagegen ist es nicht erforderlich, daß die Hypothek an sich, welche mit einem Vorzugsrechte bekleidet werden soll und so den Charakter der öffentlichen Hypothek gewinnt, vor dem für die Ingrossation zuständigen Richter bestellt werde. Die Hypothekbestellung an sich folgt vielmehr nach dem §. 4 ihren besonderen, gemeinrechtlichen, particular= oder localrechtlichen Regeln, woraus sich unzweifelhaft ergiebt, daß, wenn nach besonderen gesetzlichen Bestimmungen die Bestellung der Hypothek in ihrer Wirksamkeit an die Concurrenz einer anderen öffentlichen Behörde, als des für die Ingrossation zuständigen judex rei sitae, gebunden ist, die Bestellung dieser Hypothek vor dem für die Ingros=

---

[4]) Beides ist abgedruckt bei Reck, Credit= und Hypothekenwesen. Heft I. Beilage VII und VIII.

sation zuständigen judex rei sitae keine rechtsbeständige ist und diese Hypothek nicht ingrossationsfähig macht.

Diesemnach trage ich kein Bedenken, gegen Reck[5]) anzunehmen, daß der Gesetzgeber auch sein im Eingange der Verordnung gegebenes Versprechen, den Zweifel über die Zuständigkeit der Gerichte zur Bestellung öffentlicher Hypotheken entscheiden zu wollen, erfüllt habe; denn in der Praxis roulirte gerade darüber der Zweifel, ob die Bestellung der öffentlichen Hypothek ein Gegenstand der jurisdictio voluntaria mera oder mixta sei, welchen der Gesetzgeber dadurch löste, daß er bestimmte, ohne Concurrenz des judex rei sitae könne keine öffentliche Hypothek am Grundeigenthume existent werden.

§. 6.

D. Folgerungen.

Nachdem im vorhergehenden Paragraphen der Begriff der öffentlichen Hypothek im Sinne der Königlich Hannoverschen Verordnung vom 13. Junius 1828, soweit dieses für unseren Zweck erforderlich, entwickelt worden ist, fragt es sich, wie das Verhältniß, in welches der neue Begriff zu dem älteren Rechte tritt, nach den verschiedenen Seiten hin sich gestalten werde. Bei der Beantwortung dieser Frage werden wir einen Unterschied zu machen haben, jenachdem die öffentliche Hypothek des neuesten Rechts neben den Regeln des reinen römischen Rechts, den Bestimmungen des durch die Verordnungen über Anmeldung modificirten römischen Rechts und den Grundsätzen des deutschen Rechts in Erwägung kommt.

I. Wo das rein römische Recht normirt, ist das Verhältniß am einfachsten. Neben der öffentlichen Hypothek des neuesten Rechts gelten Privathypotheken, wohin jede an sich rechtsbeständige Hypothek zu zählen ist, mag sie gerichtlich oder außergerichtlich, vor Notar und Zeugen oder ohne Zuziehung dieser Personen bestellt sein, so lange nicht die Eintragung in das Hypothekenbuch desjenigen Richters, welchem das zu verpfändende Grundeigenthum unmittelbar unterworfen ist, hinzugetreten ist. Jene, als bevorzugte Hypothek, rangirt vor diesen. Der Begriff der öffentlichen Hypothek im historischen Sinne, vorausgesetzt, daß man denselben überhaupt im römischen Rechte findet, ist jedenfalls ganz aufgehoben, oder mit andern Worten: es ist

---

[5]) Reck a. a. O. Heft II. S. 41.

die öffentliche Hypothek des römischen Rechts zur Privathypothek im Sinne unserer Verordnung geworden und rangirt mit dieser nach dem Alter. Kommt es auf den Beweis des Alters der Privathypotheken an, so wird freilich nach wie vor der Pfandgläubiger, welcher sich zum Beweise des Alters auf eine öffentliche Urkunde stützt, dem vielleicht der That nach älteren Pfandgläubiger vorgehen, wenn dieser den Beweis des Alters nur durch Privaturkunden zu erbringen im Stande ist. Dieses ist eine Folge allgemeiner Beweisregeln, welche stets gelten müssen, mag nun die L. 11. C. *qui potiores in pignore* in ihrer unrichtigen Auffassung in einem Lande aufgehoben sein, oder nicht [1]).

Außer der erklärten Absicht des Schuldners, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, setzt übrigens die öffentliche Hypothek im Sinne unserer Verordnungen ein Mehreres nicht voraus als die L. 11. C. *qui potiores in pignore* fordert, da der Gesetzgeber etwaige Irrthümer der Praxis in diesem Puncte auf keine Weise gebilligt hat. Auch ist es leicht ersichtlich, daß es hier auf eins hinauslaufe, ob man die früher aufgestellte Behauptung billigt, es setze die öffentliche Hypothek im Sinne unserer Verordnungen eine öffentliche Hypothek im historischen Sinne voraus, da ja die Concurrenz des Richters wegen der Ingrossation jedenfalls die Oeffentlichkeit der Leo'schen Constitution ganz ohne Weiteres mit sich führt.

II. Steht bürgerliches Grundeigenthum in Frage, welches dem Magistrate derjenigen Städte, in welchen die, in der ersten Abhandlung dieser Schrift analysirten Verordnungen Anwendung finden, mit den allgemeinen städtischen Abgaben pflichtig ist, so kannte das ältere Recht hier überhaupt keine Privathypothek, sondern nur eine öffentliche Hypothek im Sinne des modificirten römischen Rechts. Jede Pfandbestellung mußte um gültig zu sein zur Kunde des Stadtmagistrats kommen; oder, wie wir oben sahen, sie mußte vielmehr vor dem Stadtmagistrate geschehen [2]). Ferner ergab eine frühere Ausführung als Regel, daß, wenn im Laufe der Zeit in einzelnen Städten die Jurisdiction von der Administration im eigentlichen Sinne getrennt wurde, der verwaltende Magistrat, nicht aber das Stadtgericht oder das die abgetretene städtische Jurisdiction verwaltende Königliche Amt bei der Pfandbestellung, um derselben Wirksamkeit zu

---

1) Vergl. Abhandlung II. §. 8.

2) Vergl. Abhandlung I. §§. 24. 36.

verleihen, concurriren müsse [3]). — Diese öffentliche Hypothek im historischen Sinne ist in Folge der neuesten Verordnung zur Privathypothek im neuesten Sinne herabgesunken, und daß neben dieser eine Privathypothek im historischen Sinne nach wie vor nicht bestehe, wird kaum der Bemerkung bedürfen.

Wie stellt sich nun hierneben die öffentliche Hypothek im Sinne unserer Verordnungen? Die Absicht des Schuldners, eine solche einzuräumen, muß dem judex rei sitae zur Kunde kommen; dieser muß bei der Bestellung derselben concurriren, indem er dieselbe ingrossirt. Der judex rei sitae ist aber bei getrennter Geschäftsverwaltung das Stadtgericht oder das die abgetretene städtische Jurisdiction verwaltende Königliche Amt, und wenn es sich um ein, in der städtischen Feldmark belegenes Grundstück handelt, über welches nicht der Stadt, sondern einem Königlichen Gerichte die Jurisdiction zusteht, die letztere Behörde. — Dieses ist einerseits gewiß, allein andererseits ist es auch eben so gewiß, daß der judex rei sitae, die für die Ingrossation zuständige Behörde, nicht befugt erscheinen könne, eine stadtpflichtiges Grundeigenthum beschwerende Hypothek in die Hypothekenbücher einzutragen, bevor nicht die Anmeldung im Sinne der früheren Verordnungen erfolgt ist; denn diese gehört zur Gültigkeit der Hypothek an sich, und der §. 4 der neuesten Hypothekenverordnung sagt ausdrücklich, der Richter dürfe keine Hypothek ingrossiren, bevor er sich nicht überzeugt habe, daß alle bisherigen rechtlichen Erfordernisse zu deren Gültigkeit vorhanden seien.

Ich will dieses durch ein Beispiel erläutern. Die Stadt Osterode hat eine bedeutende Feldmark, worüber jedoch nicht der Stadt, sondern dem Amte Osterode die Jurisdiction zusteht. Handelt es sich nun um die Verpfändung eines stadtpflichtigen Grundstücks der Osteroder Feldmark, so muß die Hypothek, um überhaupt rechtsbeständig zu sein, bei dem Magistrate der Stadt Osterode angemeldet, oder richtiger vor demselben bestellt werden. Dadurch wird dann diese Hypothek eine rechtsbeständige Privathypothek im Sinne unserer neuesten Verordnung. Soll sie daneben noch den Charakter der öffentlichen Hypothek im neuesten Sinne erlangen, so muß sie beim Amte Osterode, als der richterlichen Behörde, welcher jenes Grundstück unmittelbar unterworfen ist, ingrossirt werden. Die nicht angemeldete Hypothek ist eine nicht zu Recht bestehende, also auch

---

[3]) Vergl. Abhandlung I. §. 26.

nicht ingrossationsfähige Hypothek, und bleibt ungeachtet der etwa erfolgten Ingrossation nichtig.

Auch hier ist wie unter I. anzunehmen, daß die öffentliche Hypothek im Sinne der neuesten Hypothekenverordnung außer der erklärten Absicht des Schuldners, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, ein mehreres nicht erfordere, als die Beachtung der Vorschrift der, das Rechtsverhältniß des bürgerlichen Grundeigenthums normirenden Verordnungen; denn der Gesetzgeber hat die Irrthümer der Praxis in diesem Puncte nicht gebilligt. Deshalb wird eine causae cognitio und Confirmation der Hypotheken, welche von den praktischen Schriftstellern mehrfach allgemein als Erforderniß der öffentlichen Hypothek aufgestellt wurde, nur im Gebiete der Verordnung vom Jahre 1736 als ein solches aufgefaßt werden dürfen [4]). — Ganz von selbst versteht es sich aber hier, daß es ganz gleichgültig sei, ob man meine Ansicht, daß die öffentliche Hypothek im neuesten Sinne eine öffentliche Hypothek im historischen Sinne voraussetze, billigt oder nicht, weil hier ja überhaupt nur von einer solchen und nicht von einer Privathypothek im historischen Sinne die Rede sein kann [5]).

III. Im Betreff des Grundeigenthums in der Altstadt Hannover und den Städten Lüneburg, Uelzen und Celle ist der Unterschied streng festzuhalten, ob das einzelne Grundstück, um dessen Verhypothecirung es sich handelt, der Stadt jurisdictionspflichtig, oder ob es der städtischen Jurisdiction nicht unterworfen, aber mit städtischen Abgaben belastet ist:

1) Für jurisdictionspflichtiges Grundeigenthum haben sich ausnahmsweise in diesen Städten gegen das römische Recht deutschrechtliche Grundsätze forterhalten. Die öffentliche Hypothek des deutschen Rechts ist allerdings nicht eine öffentliche Hypothek im neueren Sinne; damit sie dieses werde, muß vielmehr die erklärte Absicht des Schuldners, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, hinzutreten. Daneben ist es aber auch ganz gewiß, daß der Gesetzgeber keins der Erfordernisse der deutschrechtlichen Hypothek nachgelassen habe, so daß also der ganze Complex derselben nach wie vor zur Rechtsbeständigkeit der

---

[4]) Vergl. Abhandlung I. §. 27.

[5]) Die Rechtsverhältnisse des Grundeigenthums, welches den allgemeinen städtischen Lasten nicht unterworfen ist, gleichviel, ob dasselbe der Stadt jurisdictionspflichtig erscheint oder nicht, werden natürlich durch die Grundsätze unter I regulirt.

Hypothek an sich, welche mit dem neu eingeführten Vorzugsrechte bekleidet werden soll, gehört. Hier treffen nun die beiden fora, welche nach der neuesten Hypothekenverordnung der Regel nach nicht zusammen zu fallen brauchen, nothwendig zusammen. — Im übrigen ist noch, anlangend das Rechtsverhältniß der einzelnen Städten, Folgendes zu bemerken:

a) In der Altstadt Hannover hat die neueste Hypothekenverordnung praktisch gar keine Aenderung in den Rechtsverhältnissen herbeigeführt; es erscheint sogar die gedachte Verordnung als eine theilweise Application an die im Hypothekenwesen der Altstadt Hannover praktisch befolgten Grundsätze. Neben der öffentlichen Hypothek im neuesten Sinne besteht nach wie vor eine weniger wirksame Hypothek, welche früher eine öffentliche Hypothek im römischen Sinne genannt werden mochte, jetzt aber im Sinne des neuesten Gesetzes eine Privathypothek ist. Neben dieser besteht aber, wie sich von selbst versteht, nach wie vor keine Privathypothek im historischen Sinne [6].

b) In den Städten Lüneburg und Uelzen bestand neben der öffentlichen Hypothek des deutschen Rechts sogar eine Privathypothek des römischen Rechts. Die erstere ist in Folge unserer Verordnung zur Privathypothek im neueren Sinne herabgesunken und rangirt mit der Privathypothek im historischen Sinne nach dem Alter [7].

c) In der Stadt Celle bestand das strenge Ingrossationssystem; neben der öffentlichen Hypothek des deutschen Rechts überall keine andere Hypothek. Hier tritt nun das seltsame Resultat ein, daß, streng genommen, diese öffentliche Hypothek des deutschen Rechts neben der öffentlichen Hypothek im neueren Sinne nicht einmal als Privathypothek fortbestehen kann, weil die Hypothekenverordnung nur die öffentliche Hypothek, in ihrer Auffassung, ingrossirt wissen will, das Cellesche Statut aber der nicht ingrossirten Hypothek alle und jede Wirksamkeit abspricht [8].

Meine obige Behauptung, daß die öffentliche Hypothek im neueren Sinne eine öffentliche Hypothek im historischen Sinne, hier also die deutschrechtliche Hypothek voraussetze, ist nun für das Rechtsverhältniß in den Städten Hannover, Lüneburg und Uelzen von

---

[6]) Vergl. Abhandlung I. §. 16 und §. 4 dieser Abhandlung.

[7]) Vergl. Abhandlung I. §. 17.

[8]) Vergl. Abhandlung. I. §. 17.

durchgreifendem Interesse, aber gleichgültig für das Rechtsverhältniß in der Stadt Celle; denn in der letzteren Stadt bestand überhaupt nur allein die deutschrechtliche Hypothek, in den ersteren Städten dagegen neben der deutschrechtlichen Hypothek auch noch eine, ihr nachstehende, weniger streng als jene bedingte Hypothek, deren Erfordernisse, natürlich verbunden mit der mehrfach gedachten Erklärung der Absicht, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, schon zur öffentlichen Hypothek im neueren Sinne genügen müßten, wenn man die von mir für richtig gehaltene Ansicht mißbilligt.

2) Kommt dagegen Grundeigenthum in Frage, welches zwar den städtischen Abgaben, nicht aber der städtischen Jurisdiction unterworfen ist, so normirt die Vorschrift der Verordnungen über Anmeldung, und damit tritt dasselbe Rechtsverhältniß wie unter II ein. Auch hier ein Beispiel: handelt es sich um ein in der Altstadt Hannover belegenes Grundstück, welches den allgemeinen städtischen Abgaben unterliegt, aber nicht dem Stadtgerichte, sondern der Königlichen Justizcanzlei jurisdictionspflichtig ist, so ist nach der Vorschrift unserer Hypothekenverordnung die Justizcanzlei, als judex rei sitae, die für die Ingrossation der öffentlichen Hypothek zuständige Behörde. Allein vor erfolgter Anmeldung der Hypothek vor dem verwaltenden Magistrate der Stadt Hannover ist dieselbe überall nicht rechtsbeständig, also auch nicht ingrossationsfähig, und gilt, wenn sie gleich ingrossirt sein sollte, nicht einmal als Privathypothek [9]).

§. 7.

E. Schlußbemerkungen.

Ich will nicht leugnen, daß die im vorigen Paragraphen gewonnenen Resultate theilweise seltsamer Art sind und wenig zu befriedigen vermögen, da sie den Charakter der Zufälligkeit vor der Stirn tragen. Nur möge man sie aus diesem Grunde nicht von vorn herein als bloße Einfälle und theoretische Träumereien verwerfen; denn bei ernster Erwägung stellen sie sich als das nothwendige Resultat der Verschmelzung älterer und neuerer Rechtsbestimmungen

---

[9]) Für die stadtpflichtige Feldmark der unter III berührten Städte gelten die Grundsätze unter II, für Grundeigenthum aber, welches weder der städtischen Jurisdiction noch den allgemeinen städtischen Lasten unterliegt, die Grundsätze unter I.

heraus, und daß diese Verschmelzung nicht zu einem organischen Ganzen sich gestaltet, hat der Interpret nicht zu vertreten.

In der schon an sich wenig befriedigenden Bestimmung der früheren Verordnungen, daß jede Verpfändung eines stadtpflichtigen, wenn gleich der städtischen Jurisdiction nicht unterworfenen Grundstücks ohne Anmeldung bei der städtischen Obrigkeit nichtig sei, liegt die Wurzel des Uebels. Da dieser Satz nun nirgends aufgehoben ist, so muß der Interpret an demselben streng festhalten. Die gefährlichen Folgen jener Bestimmung, welche früher verdeckt lagen, traten schroff hervor, nachdem im Laufe der Zeit die Organisation der städtischen Obrigkeit sich änderte [1]. Die Gesetzgebung hätte nun jene Bestimmung berücksichtigen müssen; allein sie that es nicht. Wiederum lag ein Anlaß vor, jene Bestimmung aufzuheben oder zu modificiren, als die neueste Verordnung erlassen wurde; allein diese Verordnung, anstatt jenes zu thun, bestimmte im §. 4 ausdrücklich, der Richter habe darauf zu sehen, daß alle bisherigen rechtlichen Erfordernisse der Gültigkeit einer Pfandbestellung vorhanden seien. Was hiernach der Interpret zu thun habe, kann meines Erachtens nach einem erheblichen Bedenken nicht unterliegen.

Nichts wäre wünschenswerther, als daß der Entwurf jener neuesten Verordnung, wie er den Ständen vorgelegt wurde, zum Gesetze erhoben worden wäre. Dieser enthielt nicht die Theorie von der Absicht des Schuldners eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, der ganze §. 4 fehlte in demselben. Er kannte nicht, wie ich annehmen zu dürfen glaube, die Trennung der beiden fora; nach ihm hätte die Hypothek, um den Charakter der Oeffentlichkeit zu gewinnen, auch vor dem, für die Ingrossation zuständigen Richter bestellt werden müssen, womit denn indirect jene Bestimmung gutentheils aufgehoben gewesen wäre. — Allein die allgemeine Ständeversammlung war in ihrer Erwiederung vom 17. März 1827 anderer Meinung. Es glaubten Stände „die Absicht des Gesetzentwurfs auf das Requisit der Eintragung in das Hypothekenbuch des competenten Gerichts beschränkt, daß mithin die bisherigen allgemeinen oder particulairen Vorschriften über die Arten und Formen der Bestellung von Hypotheken durch dieses Gesetz nicht abgeändert werden sollen; eine Abänderung, die überdem nach dem Zwecke des Gesetzes nicht nothwendig und wegen der Beschränkung des Schuldnes nicht rath=

[1] Vergl. Abhandlung I. §. 26.

sam erscheint.“ Da jedoch die Fassung des Entwurfs dieser Absicht nicht mit Bestimmtheit entsprach, so schlug man Abänderungen des Entwurfs vor, welche von der Staatsgewalt adoptirt und in das Gesetz aufgenommen wurden.

Ich frage schließlich noch wie es kommen mochte, daß die Gesetzgebung die gefährlichen und gewiß nicht erwünschten Folgen, welche die neueste Verordnung den früheren Rechtsnormen gegenüber hervorruft, nicht ins Auge faßte. Die Antwort ist nicht schwierig. Dieses mochte geschehen, weil die Praxis der ausdrücklichen, so vielfach eingeschärften Vorschrift der früheren Constitutionen nicht präcise und ohne alle Ausnahme, wie der Gesetzgeber wollte, nachlebte, vielmehr dieselbe einschränkend so interpretirte, als beziehe sie sich nur auf das, der städtischen Jurisdiction unterworfene Grundeigenthum. — Ich mag hier nicht näher untersuchen, welche rechtliche Bedeutung man dieser Praxis einräumen könne. Ich wünsche aber unter allen Umständen, wie seltsam dieses auch laute, daß die von mir im §. 6 entwickelten Ansichten, so weit sie der Praxis widerstreiten, nie in der Praxis Bedeutung erlangen mögen, so wie ferner, daß, wenn das Letztere der Fall sein könnte, die Gesetzgebung mit rückwirkender Kraft den heillosen Zustand aufhebe, welcher dadurch, daß viele hunderte von Pfandbestellungen, an deren Gültigkeit niemand zweifelte, sofort zur Nichtigkeit herabsänken, nothwendig herbeigeführt werden müßte.

IV.

Ueber das pactum reservati dominii.

Literatur.

Gensler im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. II. Abh. 29. [1]).
Müller im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. XII. Abh. 13.
v. Geyso in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. V. Abh. 11.
Dunker im Rheinischen Museo für Jurisprudenz. Bd. V. Abh. 4 und 7.
Müller in dessen civilistischen Abhandlungen. Bd. I. Abh. 1.
Hofmann im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. XVIII. Abh. 11.
Hagemann in dessen praktischen Erörterungen. Bd. VII. Erört. 22.
Juristische Zeitung für das Königreich Hannover. Jahrgang 1830. Abth. I. №. 7. — Jahrgang 1831. Abth. I. № 10.

---

§. 1.

A. Einleitende Bemerkungen.

Selten wird Grundeigenthum verkauft, ohne daß von den Contrahenten die Verabredung getroffen würde, es solle die ganze Kauf=

---

1) Wegen der älteren Literatur verweise ich auf Glück, Pandekten=Commentar. Bd. XVI. S. 229 flgd. und Dunker a. o. O. S. 65—67. — Außerdem sind zu vergleichen: Mühlenbruch in der Haller allgemeinen Literaturzeitung. Jahrgang 1835. № 70. und im Lehrbuche des Pandektenrechts. Bd. II. §. 405. Thibaut, Pandektensystem §. 614. — v. Wening, Civilrecht. Bd. II. §. 366. — Schweppe, Römisches Privatrecht. Bd. II. §. 266a. und §. 368. — v. Vangerow, Leitfaden zu Pandektenvorlesungen. Bd. I. S. 500—502. — Allenfalls auch Juristische Zeitung für Hannover. Jahrgang 1828. Abth. I. № 27. — Abhandlungen, welche einzelne Fragen näher untersuchen, werde ich im Laufe dieser Erörterung noch anführen.

summe oder doch wenigstens ein Theil derselben vom Verkäufer dem Käufer creditirt werden. Dieses Creditgeben und Creditnehmen liegt in den meisten Fällen im beiderseitigen Interesse der Contrahenten. Fast ohne Ausnahme geschieht dieses Creditgeben aber nicht, ohne daß der Verkäufer sich für die Forderung, mit welcher ihm der Käufer verhaftet bleibt, eine Sicherheit ausmachte, welche durchaus gewöhnlich darin besteht, daß der Verabredung, wonach Credit bewilligt ist, das pactum reservati dominii hinzugefügt wird [2].

Wenn ich hier und in dem Folgenden das pactum reservati dominii nur neben dem Kaufcontracte in Betracht ziehe, so geschieht es, weil dieses der gewöhnlichste Fall ist und die meisten Schriftsteller nur diesen Fall vor Augen haben, nicht aus dem Grunde, weil ich

---

[2]) Damit man mir, wenn ich im Laufe dieser Untersuchung mich sehr häufig auf die Praxis beziehen werde, nicht vorwerfen möge, wie dieses recht häufig und oft gewiß nicht ohne guten Grund geschieht, ein solches Berufen auf die Praxis beweise wenig, wenn nicht die Quelle, woraus das Resultat fließe, angegeben sei, so will ich gleich von vorn herein die Quellen angeben, woraus ich hier praktische Erfahrungen schöpfe. Ich rechne dahin weniger ein unmittelbares Selbsterleben, obwohl man nicht leugnen wird, daß eine mehrjährige praktische Thätigkeit, wenn sie keine ganz todte und rein mechanische ist, bei Fragen, welche sehr häufig hervortreten, einige Erfahrungen an die Hand geben werde. Ich rechne vielmehr den Umstand dahin, daß ich, wie wohl nicht gar viele Schriftsteller, auf eine leichte und einfache Weise im Stande war, in einem großen Umfange den Gerichtsgebrauch in Betreff des pacti reservati dominii während mehr als hundert Jahren kennen zu lernen. Es besteht nämlich für die Altstadt Hannover die ganz vortreffliche Einrichtung, daß für jedes einzelne Grundstück eine besondere Hausacte existirt, welche diejenigen Documente enthält, wodurch seit mehr als 100 Jahren die rechtliche Lage des Grundstücks bestimmt ist, z. B. alle Kaufcontracte, alle Pfandverschreibungen. Wem die Einsicht dieser Hausregistratur gestattet ist, kann in der Zeit von wenigen Tagen mehrere Tausende von Kaufcontracten erblicken, in denen von einem pactum reservati dominii die Rede ist, er kann auch die Wirkungen kennen lernen, welche der Gerichtsgebrauch dieser Verabredung beilegte. — Außerdem liegen mir zur Benutzung vor die s. g. Hypothekenbücher der Neustadt Hannover, in denen der wesentliche Inhalt aller Documente, welche sich auf Veräußerung oder Verpfändung der auf der Neustadt Hannover belegenen Grundstücke beziehen, seit mehr als hundert Jahren sich ingrossirt findet. Fast jede Seite bietet hier Kaufcontracte, welche ein pactum reservati dominii enthalten, dem Auge dar.

annähme, jene Nebenverabredung könne neben anderen Verträgen, welche zur Uebertragung des Eigenthums führen, ihrer charakteristischen Beschaffenheit nach nicht Platz finden. — Aus demselben Grunde rede ich auch nur von dem Falle, daß das pactum reservati dominii wegen creditirten Kaufgeldes abgeschlossen wird; ich leugne damit nicht, daß diese Nebenverabredung auch zur Sicherung wegen anderer, aus einem Kaufcontracte entspringenden Verbindlichkeiten des Käufers eingegangen werden könne [3]).

Sämmtliche Schriftsteller, so weit mir die Literatur bekannt ist, sind darüber einverstanden, daß das pactum reservati dominii eine gültige, von den Gesetzen nicht gemißbilligte Verabredung enthalte. Die neueren Juristen dürften auch wohl darin übereinstimmen, daß jenes pactum in einzelnen Gesetzesstellen des römischen Rechts nicht erwähnt werde [4]), daß vielmehr sein Ursprung aus einem neueren

---

[3]) Dunker a. a. O. Seite 68. — Dagegen dürfte es sehr zu bezweifeln stehen, ob das pactum reservati dominii die beabsichtigte Sicherheit gewähre, wenn und in so weit dasselbe mit Rücksicht auf andere, aus dem Kaufe nicht abfließende Ansprüche des Verkäufers gegen den Käufer abgeschlossen wird, wie solches von Ebhardt in der Juristischen Zeitung für das Königreich Hannover, Jahrgang 1839. Heft II. S. 69 und 91 flgd. angenommen wird. — Völlig verkehrt ist es aber jedenfalls und beruht auf einem gänzlichen Verkennen des Wesens des pacti reservati dominii, wenn dasselbe als ein allgemeines Sicherungsmittel betrachtet und ohne Rücksicht auf eine erfolgende Eigenthumsübertragung zur Sicherung für Darlehne, welche dritte Personen dem Eigenthümer gemacht haben, eingegangen wird. Doch sind mir solche Verkehrtheiten schon vorgekommen.

[4]) Aeltere Juristen fanden dasselbe besonders in folgenden Gesetzesstellen:

L. 16. D. *de peric. et comm. rei vend.* (18. 6.)

„Servi emtor, si eum conductum rogavit, donec pretium solveret, nihil per eum servum acquirere poterit, quoniam non videtur traditus is, cujus possessio per locationem retinetur a venditore."

L. 20. D. *de precario* (43. 25.)

„Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emtorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emtorem stetit, quominus persolveretur, venditorem posse consequi."

L. 20. §. 2, L. 2. D. *locati conducti* (19. 2.)

Wenngleich in diesen Stellen nicht entfernt von dem pacto reservati dominii die Rede ist, so bieten sie doch einiges Interesse dar, da das in ihnen

Gerichtsgebrauche in Deutschland herzuleiten sei. Auch ich erkläre mich hiermit vollkommen einverstanden.

Das Institut des pacti reservati dominii wurde durch wahre Lebensbedürfnisse hervorgerufen, nachdem durch das Eindringen des römischen Rechts mit seinen gesetzlichen und privilegirten Pfandrechten die Sicherheit des Credits, welche die deutschen Pfandrechtsinstitute mit sich führten, wenn auch nicht ganz aufgehoben, so doch in einem sehr hohen Grade gefährdet wurde. Die Kraft und Wirksamkeit jenes Instituts beruht auf einem, auf wissenschaftlichem Wege anerkannten Gewohnheitsrechte.

Ueber die rechtliche Natur des pacti reservati dominii herrscht großer Streit, der, schon in älteren Zeiten geführt, in der neuesten Zeit mit allen Kräften wieder aufgenommen wurde. Die neueste Zeit hat verdienstliche Arbeiten zu Tage gefördert, denen Gründlichkeit und ernstes Streben nachzurühmen ist. Wenn aber die Frage aufgeworfen wird, ob die endliche Wahrheit nunmehr gewonnen sei, so bin ich wenigstens weit davon entfernt, diese Frage zu bejahen. Vielmehr bin ich der Ansicht, daß der Streit mit Rüstigkeit weiter fortzuführen sei, damit eine Lehre, welche eine so außerordentliche Wichtigkeit für das Leben hat, wo möglich in ein helleres Licht gesetzt werde. Jeder Beitrag, aus dem nicht Leichtsinn, sondern ernstes Streben spricht, muß willkommen geheißen werden, weil er den Anlaß zu umfassenderen und tieferen Untersuchungen gewähren kann, und so mag auch diese Erörterung nicht als eine überflüssige verworfen werden, dessen Verfasser übrigens nicht so vermessen ist, zu glauben, er decke die endliche Wahrheit auf.

§. 2.

B. Verschiedene Ansichten über die rechtliche Natur des pacti reservati dominii.

Von den verschiedenen Ansichten, welche über das Wesen des pacti reservati dominii vorgebracht sind, hebe ich nur drei zur näheren Betrachtung hervor, weil diese die gewöhnlichsten sind und in neuerer Zeit ausschließlich vertheidigt werden. Ich füge den einzelnen

---

beurtheilte Rechtsverhältniß mit unserem Falle einige Aehnlichkeit und Verwandtschaft hat.

dieser Ansichten sogleich die hauptsächlichsten Wirkungen, wodurch die Natur jener Verabredung gerade charakterisirt wird, mit wenig Worten hinzu, unbekümmert darum, ob alle Schriftsteller, welche eine jener Meinungen vertheidigen, in Betreff jeder einzelnen Wirkung übereinstimmen. Ein näheres Eingehen hierauf wird erst später an seinem Orte sein.

I. Die erste jener Ansichten geht dahin, es werde durch das pactum reservati dominii ein specielles Pfandrecht an der verkauften Sache begründet. — Hiernach erlangt also der Käufer durch Tradition das Eigenthum an dem verkauften Objecte, damit auch das Recht, die Rei vindicatio zu erheben und sein Eigenthum mit dinglichen Rechten zu belasten. Der Verkäufer dagegen verhält sich wie jeder andere Pfandgläubiger, nur daß sein Pfandrecht ein privilegirtes sein soll.

II. Andere Schriftsteller gehen davon aus, daß in Folge des der Tradition hinzugefügten pacti reservati dominii das Eigenthum der verkauften Sache bis zum bezahlten Kaufgelde beim Verkäufer nach wie vor zurückbleibe. Jene Verabredung soll eine der Tradition hinzugefügte Suspensivbedingung enthalten. — Hieraus folgt denn: der Käufer ist nur Detentor der verkauften Sache, als Eigenthümer kann er weder in privatrechtlicher noch in öffentlicher Beziehung angesehen werden; er kann die verkaufte Sache nicht weiter veräußern und mit dinglichen Lasten beschweren, im Processe ist er als Inhaber einer unbeweglichen Sache von Cautionen nicht befreit, er hat weder active noch passive Wahlfähigkeit, wenn diese überhaupt vom Grundbesitze abhängig ist. Alle diese Befugnisse muß consequent der Verkäufer haben; ausdrücklich wird ihm das Recht beigelegt, die Sache weiter zu verkaufen und wenn er in die Lage kommt, tradiren zu können, die Sache rechtsgültig auf dritte Personen zu übertragen; ferner das Object mit dinglichen Lasten, insbesondere mit Pfandrechten zu beschweren. Werden gegen den Käufer dingliche Klagen erhoben, so ist er befugt, eine auctoris laudatio vorzunehmen, weil der Verkäufer der rechte Beklagte ist. Dieser, nicht jener, ist berechtigt, possessorische Rechtsmittel und insbesondere die Rei vindicatio zu erheben. Gegen Dritte kann die letztere Klage mit voller Wirksamkeit erhoben werden; unter welchen Bedingungen sie sich aber gegen den Käufer oder den, an dessen Stelle tretenden Concurscurator wirksam erweise, ist unter den Schriftstellern, welche diese Ansicht vertheidigen, nicht wenig bestritten.

III. Eine dritte Meinung erblickt in dem pactum reservati dominii einen Resolutivvertrag. Ueber alles Nähere herrscht Streit. Einerseits legt man dem Resolutivvertrage die Wirkung bei, daß das Eigenthum beim Eintritt der Bedingung ipso jure auf den Verkäufer zurückfalle, und argumentirt dann folgendermaßen: das Eigenthum geht auf den Käufer über, welcher dadurch berechtigt wird, das gekaufte Object mit Pfandrechten und anderen dinglichen Rechten zu beschweren, dasselbe zu vindiciren und weiter zu veräußern; tritt aber die Resolutivbedingung in Wirksamkeit, so fallen alle Veräußerungen von selbst weg, der ganze Kaufcontract wird aufgelöst und der Verkäufer, welcher jene Nebenverabredung schloß, kann das verkaufte Object von jedem Dritten, von seinem Mitcontrahenten wie von dem an des Letzteren Stelle tretenden Concurscurator, ohne Weiteres vindiciren. Auf das Erbieten des Letzteren, die schuldige Summe zu zahlen, braucht er sich überall nicht einzulassen. — Andererseits legt man der Resolutivbedingung nicht die Wirksamkeit bei, daß sie ein eigentliches Rückfallen des Eigenthums nach sich ziehe, und ist dann der Ansicht, daß jene Nebenverabredung nur eine persönliche Klage und damit so gut wie gar keine Sicherheit gewähre. — Einen Unterschied des pacti reservati dominii von der lex commissoria statuirt man theils gar nicht, theils nur für den Fall, daß der ersteren Verabredung keine Zeitbestimmung hinzu gefügt wurde, indem man eine Zeitbestimmung neben der lex commissoria für durchaus wesentlich hält.

§. 3.

B. Fortsetzung. — Kritik der ersten Ansicht.

Ich kann weder der einen, noch der anderen der im Obigen dargestellten Ansichten beistimmen, am allerwenigsten der unter II herausgehobenen. Dieses Geständniß legt mir zugleich die Verpflichtung auf, den Versuch zu machen, die gemißbilligten Ansichten zu widerlegen und eine neue Meinung zu begründen. Alles dieses soll versucht werden; doch werde ich nur die Widerlegung der ersten Ansicht abgesondert im Folgenden unternehmen, die Widerlegung der beiden letzteren Ansichten aber mit der Begründung der eigenen Meinung verbinden.

Wenn Eigenthum und Pfandrecht unbestritten verschiedene Begriffe sind, so muß auch der Vorbehalt des Eigenthums von dem

Vorbehalt einer Hypothek sich unterscheiden. Schließt deshalb der Verkäufer mit dem Käufer wegen des creditirten Kaufgeldes ein pactum reservati dominii, so kann ohne Weiteres gewiß nicht angenommen werden, daß die Absicht nur auf Constitution einer speciellen, wenn gleich privilegirten Hypothek an dem verkauften Objecte gerichtet sei. — Dieses wird von den neuesten Vertheidigern der zur Beurtheilung stehenden Ansicht auch zugegeben. Sie suchen aber daneben ihre Behauptungen folgendermaßen zu begründen: ein jedes Rechtsgeschäft sei mehr nach der Absicht der Contrahirenden als nach den von diesen gebrauchten Worten zu interpretiren. Zweck und Absicht der Contrahenten beim Abschlusse des pacti reservati dominii sei nun gerichtet auf möglichste Sicherheit des Verkäufers, ohne dem Käufer die Vortheile des Eigenthums vorzuenthalten. Diese Absicht könne aber nicht erreicht werden, wenn man annehme, daß in Folge jener Nebenverabredung das Eigenthum unter einer Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung auf den Käufer übergehe, und so weise die justitia distributiva auf das Institut des Pfandrechts hin [1]).

Diese ganze Begründung steht jedoch auf schwachen Füßen. Sie erscheint als reiner Nothbehelf, um einem Institute, welches im täglichen Leben seine bestimmten, klar wahrnehmbaren Wirkungen äußert, einen rechtlichen Halt zu verleihen. Soviel müssen jene Schriftsteller schon in Gemäßheit ihrer eigenen Argumentation zugeben, daß ihre Ansicht zusammenfalle, wenn nachgewiesen werden kann, daß der von den Contrahenten beabsichtigte Zweck durch eine andere, den gebrauchten Worten entsprechendere Construction des Rechtsverhältnisses auf gleiche Weise erreicht werde. Sollte dieses aber auch nicht möglich sein, so würde es doch immer bedenklich erscheinen, so ganz ohne Weiteres anzunehmen, man müsse von der Idee eines Pfandrechts ausgehen, weil nur auf diesem Wege die Absicht der Contrahenten erreicht zu werden vermöge. Man würde wohl fragen können, ob nicht vielmehr die Absicht ohne Effect bleiben müsse, weil die Contrahenten nicht das rechte Mittel ergriffen, um den beabsichtigten Zweck zu erreichen? Es ist allerdings richtig, daß die Bestellung von Pfandrechten nicht an bestimmte Worte gebunden ist, allein die gebrauchten Worte müssen doch stets auf die Constitution eines Pfandrechts gedeutet werden

---

1) Juristische Zeitung für Hannover. Jahrgang 1828. Abth. I. № 27. Jahrgang 1831. Abth. I. № 10.

können [2]), was schwerlich der Fall ist, wenn der Verkäufer sich Eigenthum vorbehält.

Ich frage ferner: welche Sicherheit steht denn zu erreichen, wenn man in dem Eigenthumsvorbehalte eine specielle Hypothek erblickt? wird dadurch die möglichste Sicherheit herbeigeführt, welche im Zwecke und in der Absicht des Verkäufers liegt? Ich glaube nicht, wenigstens dann nicht, wenn man der reservirten Hypothek und den Pfandrechten aus der Zeit des früheren Eigenthümers keinen absoluten Vorzug vor allen übrigen Concursgläubigern einräumt [3]). Alsdann bleibt nur ein Pfandprivilegium wegen in rem versio übrig, welchem ohne Zweifel mehrere mit stärkeren Privilegien versehene Concursgläubiger vorgehen. — Was insbesondere das hannoversche Landesrecht anlangt, so erlangen die Pfandgläubiger aus der Zeit des früheren Eigenthümers nach einer neueren Verordnung nur die erste Stelle in der zweiten Classe der Concursgläubiger, stehen also sämmtlichen Concursgläubigern der ersten Classe nach [4]). Ueber das Separationsrecht wegen reservirter Hypothek redet die Verordnung nicht, und kann der reservirten Hypothek, wenn jenes Separationsrecht eines rechtlichen Grundes entbehrt, wie dieses unstreitig angenommen werden muß, nicht einmal der erste Platz in der zweiten Concursclasse eingeräumt werden, weil das Separationsrecht wegen reservirter Hypothek aus ganz andern Gründen als das Separationsrecht wegen Pfandrechts aus der Zeit des früheren Eigenthümers verworfen werden muß, und schon deshalb eine Analogie nicht Statt finden darf. Hiernach würde im Hannoverschen, wenn man beim pactum reservati dominii von der Idee eines Pfandrechts ausgehen wollte, der Gläubiger, dessen Forderung durch jene Verabredung gesichert ist, stets den Concursgläubigern der ersten Classe nachstehen; im Uebrigen würde er im Falle, daß sein Recht als ein Pfandrecht aus der Zeit des früheren Eigenthümers erschiene, den ersten Platz in der zweiten Classe einnehmen; sollte dieses nicht der Fall sein — wenn über das Vermögen des Käufers Concurs ausbräche — so würde er nur nach den allgemeinen Grundsätzen über das Pfandprivilegium wegen in rem versio rangiren. Die möglichste Sicherheit würde also dem Ver-

---

2) L. ult. C. *quae res pign.* (8. 17.) — L. 4. D. *de pignor.* (20. 1.)

3) Vergl. hierüber Mühlenbruch Pandekten Bd. II. §. 320.

4) Verordnung vom 21. November 1830 bei Ebhardt Gesetze und Verordnungen Bd. II. S. 696. flgd.

käufer wegen des creditirten Kaufgeldes, wenn man beim pactum reservati dominii von der Idee eines speciellen Pfandrechts ausgehen wollte, keinesweges gewährt.

Ferner spricht gegen jene Auffassung noch der Umstand, daß die gemeinrechtliche Praxis, während sie alle Pfandgläubiger für verpflichtet erklärt, sich mit ihren Ansprüchen in ein Concursverfahren einzulassen, diese Verpflichtung dem Gläubiger, dessen Forderung durch die obige Nebenverabredung gesichert ist, insofern derselbe nur beabsichtigt, sein Recht an dem verkauften Objecte geltend zu machen, nicht auferlegt[5]).

§. 4.

B. Fortsetzung. — Zweck und Absicht der Contrahenten beim Abschlusse des pacti reservati dominii.

Wenn auch nach dem Obigen die Ansicht Derer, welche das pactum reservati dominii als den Grund eines speciellen Pfandrechts auffassen, gar bald und ohne große Schwierigkeit als eine unrichtige sich darstellt, so ist sie doch in der Praxis weit verbreitet, und, wenn mich nicht Alles täuscht, hat sie gerade in der neuesten Zeit, seitdem sich die Theorie recht lebhaft dieser Lehre annahm, noch weiter um sich gegriffen. Auf den ersten Anblick mag dieses auffallend erscheinen, besonders wenn man bedenkt, daß in neueren Zeiten die Praxis im Allgemeinen sehr geneigt ist, die Resultate neuerer theoretischer Forschung sich anzueignen und althergebrachte Ansichten, wenn die Theorie sie als irrige erwies, als verjährtes Vorurtheil fallen zu lassen. Bei näherer Erwägung der Umstände erklärt sich jedoch Alles leicht. Es handelt sich hier um ein Institut, welches durch neue Bedürfnisse ins Leben gerufen und durch die Praxis ausgebildet wurde; um ein Institut, welches frisch und lebendig fortlebte, täglich wiederkehrt und seine feststehende Wirkungen äußert. Die neuere Theorie versuchte vielfach das vorliegende Verhältniß rechtlich zu construiren; das gewonnene Resultat konnte aber die Praxis nicht billigen, weil der von der Theorie gewonnene letzte rechtliche Grund nicht auf die Wirkungen zurückführte, welche sich im täglichen Leben

---

[5]) Gegen die Auffassung des pacti reservati dominii als Pfandrecht haben sich gleichfalls erklärt Dunker a. a. O. §. 5 und Ebhardt a. a. O. S. 67 flgd.

klar und bestimmt herausstellten, vielmehr entgegengesetzte Folgen in seiner Consequenz hervorrief. Was sollte die Praxis dazu sagen, wenn das von der Theorie gewonnene Princip zu der Annahme führte, der Käufer sei bloßer Detentor, als Grundbesitzer nicht befähigt, in öffentlichen Angelegenheiten ein Stimmrecht auszuüben, nicht er, sondern der Verkäufer sei berechtigt, die verkaufte Grundbesitzung mit Pfandrechten zu beschweren; oder gar dahin, das pactum reservati dominii begründe nur einen persönlichen Anspruch gegen den Käufer?

Was that in dieser Lage die Praxis? Sie verzichtete auf eine strengrechtliche Construction des fraglichen Verhältnisses und hielt fest an den Wirkungen, welche das pactum reservati dominii im täglichen Leben hervorrief. Diese waren aber wesentlich gleich den Wirkungen, welche ein absolut privilegirtes Pfandrecht hervorbringt, und so lehnte man sich an den bekannten Begriff des Pfandrechts. Damit hatte man das Wesen der Sache im Ganzen wenigstens annäherungsweise erfaßt und nur einen nicht passenden Namen zu Hülfe gerufen. Allein dieser formelle Mangel konnte, wenn man nicht Alles klar durchschaute, gar leicht in materieller Hinsicht Nachtheile nach sich ziehen.

Doch ich gehe weiter und stelle die Frage: was beabsichtigen denn die Contrahenten, wenn sie ein pactum reservati dominii schließen? Fast jeder Kaufcontract, in dem diese Nebenverabredung enthalten ist, giebt die Antwort an die Hand: der Verkäufer will sich dadurch sichern, sichern wegen der richtigen Bezahlung des creditirten Kaufgeldes. Hierin stimmen denn auch zuletzt alle Schriftsteller überein, und fast jeder gebildete Nichtjurist, welcher einige Erfahrung in Schuldverhältnissen, wofür Grundeigenthum haftet, gemacht hat, wird eine gleiche Antwort ertheilen. Also auf Sicherung wegen des creditirten Kaufgeldes geht die Absicht der Contrahenten und zwar auf die größtmöglichste Sicherung. Soweit diese es aber zuläßt, soll der Kaufcontract vollständig erfüllt werden. Hält man hieran vor Allem und von vorn herein streng und consequent fest, so wird man dem pactum reservati dominii alle Wirkungen absprechen müssen, welche nicht auf jene Sicherung führen, alle Wirkungen, welche den Käufer in seiner Disposition über das gekaufte Grundeigenthum, mehr als dieses die Sicherheit des Verkäufers erfordert, beschränken würden. So z. B. wird man eine Theorie nicht billigen können, woraus folgt, daß der Verkäufer das verkaufte Object noch weiter verpfänden könne; denn was hätte dieses mit der

Sicherung des Verkäufers zu thun? Sonach muß diejenige rechtliche Construction des in Frage stehenden Instituts als die beste und richtigste erscheinen, wonach dem Verkäufer die größtmöglichste Sicherheit wegen des creditirten Kaufgeldes gewährt, der Käufer aber am wenigsten in der Disposition über die gekaufte Sache beschränkt wird.

Damit man mich aber nicht mißverstehe, will ich gleich von vorn herein auch das Folgende bemerken: ich leugne gar nicht, daß im einzelnen Falle die Absicht der Contrahenten bei Abschließung des pactum reservati dominii weiter gegangen sein könne, als die Sicherung des Verkäufers wegen creditirten Kaufgeldes erfordert, also auf eine durch diese nicht bedingte Beschränkung des Käufers in Betreff seiner Dispositionsbefugniß über die gekaufte und tradirte Sache; ich behaupte vielmehr nur, daß, wenn eine solche Absicht nicht bestimmt und klar ausgesprochen vorliegt, also im Zweifel und als Regel, anzunehmen sei, die Absicht der Contrahenten sei dahin gegangen, den Käufer in seiner Dispositionsbefugniß nicht weiter zu beschränken, als dieses der allgemeine Zweck jener Nebenverabredung, größtmöglichste Sicherheit des Verkäufers wegen creditirten Kaufgeldes erfordert.

§. 5.

C. **Entwicklung der richtigen Ansicht. — I. Das pactum reservati dominii ist ein der Tradition hinzugefügter Nebenvertrag.**

Ich verstehe unter dem pactum reservati dominii einen der Tradition hinzugefügten, eine stillschweigende Resolutivbedingung enthaltenden Nebenvertrag, in Folge dessen der Verkäufer für den Fall, daß der Käufer wegen Insolvenz den übernommenen Verpflichtungen nicht nachkommen sollte, an dem verkauften Objecte dieselben Rechte wiedererlangt, welche er daran vor erfolgter Tradition und gegebenem Credite hatte.

In diesem Begriffe liegen drei durchaus wesentliche Merkmale, welche zuvörderst zu entwickeln und näher zu begründen sind.

I. Das pactum reservati dominii ist ein Nebenvertrag, welcher nicht dem obligatorischen Vertrage, worauf der Kauf beruht, sondern dem dinglichen Ver-

trage, welcher der Tradition zu Grunde liegt, hinzugefügt wird.

Die Richtigkeit dieses Satzes ist sehr leicht darzuthun. Der Kauf ist ein reiner Consensualvertrag und wird deshalb perfect, sobald die Contrahenten über eine Sache, welche in das Vermögen eines Anderen gebracht werden soll, einerseits, und einen Kaufpreis andererseits sich geeinigt haben; dieses erklären mehrere römische Gesetzesstellen, am unzweideutigsten die

L. 8. pr. *de peric. et com. rei vend.* (18. 6.)

„. . . Et si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium et pure venit, perfecta est emtio.“

Die Erfüllung des Vertrags durch Tradition der verkauften Sache ist allerdings die natürliche beabsichtigte Folge des perfecten Kaufcontractes, gehört aber keinesweges zur Perfection desselben; denn sonst nähme dieser den Charakter der Realverträge an, und man müßte sich zu der Behauptung bekennen, es finde, da aus einem nicht perfecten Vertrage keine Klage entspringe, gegen den Verkäufer kein Anspruch Statt, wenn dieser eine Sache, über welche man contrahirte, anderweit verkauft und tradirt habe.

In Folge des perfecten Kaufes hat der Käufer gegen den Verkäufer einen rechtlichen Anspruch auf Tradition der verkauften Sache; allein er kann diesen Anspruch nur geltend machen, wenn er seinerseits den Kaufpreis zahlt oder sich doch zur Entrichtung desselben bereit erklärt. Geschieht dieses nicht, sei es aus dem einen oder dem anderen Grunde, so entsteht ein unentschiedener Zustand, indem der obligatorische Vertrag bestehen bleibt, und weder der Käufer noch der Verkäufer einseitig davon zurücktreten kann. Dieser unentschiedene Zustand gelangt zur Entschiedenheit einmal durch Klagverjährung, dann durch Execution im Wege des Processes. Außerdem kann jener Zustand aber auch dadurch zur Festigkeit gelangen, daß die Contrahenten sich über die Abänderung der allgemeinen Rechtsregel vertragsmäßig einigen. Diese Einigung liegt im größten Interesse beider Theile, sie verwandelt deshalb auch, wie die Erfahrung lehrt, am häufigsten den unentschiedenen Zustand in einen festen. — Auf einer solchen Einigung beruht das pactum reservati dominii. Der Verkäufer giebt ein Recht auf, wozu er nach allgemeiner Rechts-

regel nicht verpflichtet war, er vergiebt aber seinen Rechten nicht mehr als erforderlich ist, um einen festen Zustand herbeizuführen, und sichert sich daneben, damit das freiwillige Aufgeben seines Rechts ihm nicht zum Nachtheile gereiche. Er erfüllt den Vertrag, er tradirt unter einer Modification, einer hinzugefügten Bedingung. — Es kann somit gar nicht bezweifelt werden, daß jene Nebenverabredung nicht dem obligatorischen Vertrage hinzugefügt wird, sondern dem Vertrage, worauf jede Tradition beruht.

Zu der Ansicht, daß durch das pactum reservati dominii der Kaufcontract bedingt werde, führte viele Schriftsteller, mehr oder weniger bewußt, wohl die Verwechslung des Kaufcontracts, als eines Rechtsverhältnisses, mit dem Kaufcontracte, als schriftlicher Urkunde. In der letzteren findet sich allerdings meistentheils das pactum reservati dominii erwähnt, wie Vieles andere, was jedoch mit dem Kaufe, als einem Rechtsverhältnisse, schlechterdings nichts zu thun hat.

Die neueren Schriftsteller sind über das gewonnene Resultat auch so ziemlich einverstanden, und nur selten taucht die entgegengesetzte Ansicht auf. So heißt es z. B. wieder bei einem neueren Schriftsteller: „Wenn wirklich bei der Tradition der Uebergang des Eigenthums, welchen die Creditirung des Kaufgeldes mit sich führen würde, durch eine Suspensivbedingung gehemmt würde, so nähme dadurch das Geschäft die Natur eines bedingten an. Ein Kauf ist ein bedingter, wenn die Erfüllung desselben von einer Bedingung abhängig gemacht ist, ob der Contract gleich anfangs bedingt geschlossen, oder erst nachher — ehe noch derselbe wegen Mangels der gesetzlichen Erfordernisse wirksam werden konnte — auf Begehren des Verkäufers in einen bedingten umgeändert ist, darauf kann offenbar nichts ankommen“ [1]).

Ich habe diese Ansicht berührt, weil sie die eines hannoverschen Schriftstellers ist und ich auf vaterländische Schriftsteller besondere Rücksicht zu nehmen habe, nicht aus dem Grunde, weil sie einer Widerlegung bedürftig wäre; denn sie beruht unverkennbar auf einer petitio principii, auf willkürlichen, durch nichts bewiesenen Sätzen.

---

[1]) Juristische Zeitung für das Königreich Hannover. Jahrg. 1831. № 10.

§. 6.

II. Dieser Nebenvertrag enthält eine Resolutivbedingung.

II. Dieser der Tradition hinzugefügte Nebenvertrag führt nicht eine suspensive Bedingung, wonach der Uebergang des Eigenthums auf den Käufer gehindert würde, mit sich, sondern enthält eine Resolutivbedingung, in Folge deren das Eigenthum auf den Verkäufer im Falle der Insolvenz desselben ipso jure zurückfallen kann.

A. Sehr schwierig ist die Frage, welche nunmehr erörtert werden muß, ob das pactum reservati dominii eine Suspensiv- oder eine Resolutivbedingung enthalte?

Es heißt, jede Untersuchung dieser Frage von vorn herein geradezu abschneiden, wenn man mit Dunker von dem Satze ausgeht: „Man solle doch in der That nicht glauben, daß über die Absicht der Contrahenten ein Zweifel entstehen könne, wenn beim Kauf die Verabredung getroffen sei, daß das Eigenthum der verkauften Sache auf den Käufer nicht eher übergehen solle, als bis er den Preis gezahlt habe, oder, daß der Verkäufer bis zur Zahlung des Preises Eigenthümer bleiben wolle" [1]).

Allerdings sind hier die Worte hinreichend klar, wenn man sie an und für sich betrachtet, und lassen deshalb auch die Absicht der Contrahenten nicht zweifelhaft erscheinen. — Dasselbe gilt auch von Gensler, wenn er dem Verkäufer die Worte in den Mund legt: „Ich will mein Eigenthum durch die Uebergabe nicht fortpflanzen, sondern dieses, zur Sicherheit des Kaufgeldes, bis zu dessen Zahlung mir vorbehalten" [2]).

Ich möchte jedoch sehr bezweifeln, ob den gedachten Schriftstellern jemals ein Kaufcontract vorgekommen sei, in welchem das pactum reservati dominii in der angegebenen Weise sich formulirt gefunden habe. Geradezu will ich dieses freilich nicht leugnen, wohl aber mit Bestimmtheit behaupten, daß eine solche Formulirung in

---

[1]) Dunker a. a. O. S. 81.

[2]) Gensler a. a. O. S. 292.

Kaufcontracten sich nur höchst selten finden werde. Ich habe viele Hunderte von Kaufcontracten aus den verschiedensten Zeiten, in denen jene Nebenverabredung enthalten war, verglichen und auch nicht in einem einzigen eine gleiche oder auch nur ähnliche Formulirung angetroffen. Fast in allen Kaufcontracten heißt es: „der Verkäufer lasse das Kaufgeld — meistentheils den Rest desselben — auf dem Grundstücke gegen bestimmte Kündigung und Zinsen sub pacto reservati dominii stehen". Anstatt der Worte „sub pacto reservati dominii" werden jedoch eben so häufig die Ausdrücke gebraucht „sub reservatione dominii", „unter Vorbehalt des Eigenthums". Schon viel seltener heißt es: „der Verkäufer reservire sich bis zur Zahlung des creditirten Kaufgeldes das Eigenthum".

Es ist einleuchtend, daß die letzterwähnten Ausdrücke nicht so bestimmt und klar sind als diejenigen, deren sich die gedachten Schriftsteller bedienen. Ihre Argumentation beruht auf einer reinen petitio principii, wenn sie nicht gegen die Behauptung gerichtet sein soll, es könne der Verkäufer überhaupt nicht auf die Weise wegen des creditirten Kaufgeldes sich sichern, daß er eine Sache unter einer Suspensivbedingung tradire.

Man muß offenbar bei der Untersuchung der aufgeworfenen Frage von derjenigen Formulirung der in Betracht kommenden Nebenverabredung ausgehen, welche sich durchaus gewöhnlich — ich möchte sagen fast ausschließlich — in den Kaufcontracten findet.

Es wird behauptet, wenn Jemand sub pacto reservati dominii tradire, so folge schon aus dem gebrauchten Worte, daß er das Eigenthum nur unter einer Suspensivbedingung übertrage; denn wer ein Recht aufgebe und dabei ausmache, daß unter gewissen Umständen das Recht als nicht aufgegeben angesehen werden solle, der behalte sich nichts vor, sondern bedinge sich von neuem ein Recht aus, welches er nicht mehr habe [3]; ja, v. Geyso geht soweit, daß er jedes Forschen nach dem Geiste und dem Zwecke des pacti reservati dominii hierneben von vorn herein ausgeschlossen wissen will.

Auf dieser Argumentation beruht in der That der einzige Grund, welchen die Schriftsteller, welche in jener Nebenverabredung eine Sus-

[3]) Gensler a. a. O. S. 291 und 292. — Dunker a. a. O. S. 87. — v. Geyso a. a. O. S. 162 u. 163.

pensivbedingung erblicken, für diese Behauptung anführen. Meiner Ueberzeugung nach ist es jedoch nicht schwer, die Schwäche desselben aufzudecken. Es ist schon überhaupt bedenklich die Ausdrücke „Reservation" und „Vorbehalt", welche im Leben so häufig in den mannigfachsten Beziehungen gebraucht werden, so recht genau nach den Buchstaben zu zerlegen und ihnen hiernach eine Deutung zu geben. Bedenklicher wird aber noch Alles, wenn man neben jenen Worten noch Zusätze im Sinne hat, welche dem unbestimmten Ausdrucke eine bestimmtere Bedeutung verleihen. — Ist Reservation die einer Rechtsübertragung angehängte Erklärung, wodurch man sich Rechte vorbehält, die sonst für aufgegeben gehalten werden müßten oder könnten [4]), so paßt dieser Ausdruck, wenn es sich um eine Tradition sub pacto reservati dominii — sub reservatione dominii, unter Vorbehalt des Eigenthums — handelt, auf gleiche Weise, mag die Uebertragung unter einer Suspensiv- oder unter einer Resolutivbedingung erfolgen; denn im letzteren Falle wird das Eigenthum nicht unbeschränkt seiner Dauer nach übertragen; es wird also wegen dieser zeitlichen Beschränkung offenbar reservirt, indem es für eine bestimmte Zeit zurückbehalten wird.

Die gedachten Ausdrücke sind unbestimmt und erscheinen so schon bei den classischen Juristen, indem G a i u s in einer Stelle, welche ich von Niemanden berührt gefunden habe, sich folgendermaßen ausdrückt:

> „ . . . nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio r e c i p i t" [5]).

Sie gelangen zur Bestimmtheit, wenn Zusätze sich finden, welche auf die eine oder die andere Bedeutung hinleiten. Wenn diese der Art sind, wie sie im Anfange dieser Erörterung angegeben wurden, so liegt die Annahme nahe, daß es sich um eine Uebertragung unter einer Suspensivbedingung handele; heißt es umgekehrt „das Eigenthum werde reservirt für — oder auf — den Fall der Nichtberichtigung des Kaufgeldes", so deutet dieses mehr auf eine Resolutivbedingung hin [6]). Fehlen solche Beisätze, welcher Fall hier als der durchaus

---

[4]) M ü h l e n b r u c h Pandekten. Bd. I. §. 123.

[5]) Gaii Instit. I. §. 140.

[6]) Vergl. auch M ü l l e r Civilistische Abhandlungen. Abh. I. §. 2.

gewöhnlichere aufgefaßt werden muß, so kann jene Unbestimmtheit nur dadurch gehoben werden, daß man auf die Absicht der Contrahenten recurrirt, auf das Wesen und den Geist des Instituts, welches rechtlich construirt werden soll, auf allgemeinere Rechtsregeln und deren Analogie.

1) Daß ein zweideutiger Ausdruck nach der Absicht der Contrahenten zu interpretiren sei, ist eine bekannte Interpretationsregel, um so sicherer, da selbst Worte in einer uneigentlichen, selteneren Bedeutung aufzufassen sind, wenn die Absicht der Contrahenten dieses erforderlich macht, ein Satz, welcher auch hier Platz greifen müßte, wenn man von „Vorbehalt" und „Reservation" in eigentlicher Bedeutung nicht reden könnte, was aber nach dem Obigen allerdings wohl der Fall sein dürfte.

L. 219. D. *de V. S.* (50. 16.)

„In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit".

und ganz besonders

L. 6. §. 1. D. *de contrah. emt.* (18. 1.)

„Nec conturbari debemus, quod inemto fundo facto, dicatur actionem ex vendito futuram esse; in emtis et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est".

Absicht und Zweck der Contrahenten bei Abschließung des pacti reservati dominii geht offenbar, wie ich dieses bereits früher berührt habe, auf Erfüllung des Contracts unbeschadet der größtmöglichsten Sicherung des Verkäufers, wegen des creditirten Kaufgeldes. Nun wird aber für den Verkäufer ganz dieselbe Sicherheit erreicht, mag man in dem pacto reservati dominii eine suspendirende oder eine resolvirende Bedingung erblicken. Daneben wird aber, wenn man eine suspendirende Bedingung statuirt, einerseits der Käufer nach allen Seiten hin in der Disposition über die Sache beschränkt, der Kauf so gut wie gar nicht erfüllt, andererseits der Verkäufer, was am meisten auffallen muß, in der Disposition über die verkaufte und tradirte Sache nicht gehemmt, welches Alles sich anders verhält, wenn man von einer Resolutivbedingung ausgeht. Es greift hier Platz die

L. 67. D. *de R. J.* (50. 17.)

„Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est“.

2) Es ist ohne Zweifel überhaupt das Einfachere und Natürlichere anzunehmen, daß, wenn in Folge eines Vertrages eine Sache übergeben wird, die Tradition unter einer Resolutiv- nicht unter einer Suspensivbedingung erfolgt sei. Deshalb finden wir auch im römischen Rechte überall, wo dieser Zweifel in Frage kommt, für die Resolutiv- nie für die Suspensivbedingung eine Präsumtion aufgestellt.

a) Bei der in diem addictio ist sowohl eine Suspensiv- als eine Resolutivbedingung denkbar; ob die eine oder die andere gemeint sei, soll nach dem „quod actum est“ beurtheilt werden [7]; im Zweifel soll aber die Präsumtion für eine Resolutivbedingung streiten. Deßhalb kann der Käufer, welchem die Sache übergeben wird, diese verpfänden und das Pfandrecht wird erst wirkungslos, wenn die Bedingung in Erfüllung geht; er wird Eigenthümer der Früchte und befindet sich in conditione usucapiendi.

L. 4. §. 3. D. *de in diem add.* (18. 2.)

„Sed et Marcellus libro quinto Digestorum scribit, pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret“.

L. 2. §. 4. D. *pro emtore* (41. 4.)

„Si in diem addictio facta sit, id est, nisi quis meliorem conditionem attulerit, perfectam esse emtionem, et fructus emtoris effici, et usucapionem procedere Julianus putabat; alii, et hanc sub conditione esse contractam; ille non contrahi, sed resolvi dicebat; quae sententia vera est“.

b) Auf gleiche Weise verhält es sich mit der lex commis-

---

7) L. 2. D. *de in diem add.* (18. 2.)

soria. Auch hier ist auf das „quod actum est“ eine vorzügliche Rücksicht zu nehmen, im Zweifel wird aber für eine Resolutivbedingung präsumirt [8]). Der Käufer wird also durch Tradition der sub lege commissoria gekauften Sache, Eigenthümer derselben; auf den Verkäufer fällt das Eigenthum erst nach dem Eintritte der Bedingung zurück.

L. 1. C. *de pactis inter. emt.* (4. 54.)

„Si ea lege praedium vendidisti, ut nisi intra certum diem pretium esset exsolutum, emptrix arras perderet, et dominium ad te pertineret: fides contractus servanda est“.

Der Käufer befindet sich ferner in der Lage, usucapiren zu können, wie sich dieses bei richtiger Interpretation [9]) aus der

L. 2. §. 3. D. *pro emtore* (44. 4.)

„Sabinus, si sic emta sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum, nisi persoluta pecunia; sed videamus, utrum conditio sit hoc, an conventio; si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur“.

ergiebt.

c) Besonders wichtig sind ferner die Erörterungen über die ante nuptias zur Dos gegebenen Sachen in der L. 7. §. 3. — L. 9. D. *de jure dotium* (23. 3.) Hier wird Alles auf die Absicht gestellt, ob die Braut jene Sachen unter einer suspendirenden oder resolvirenden Bedingung tradiren wollte; daneben heißt es aber, wenn die Absicht, unter einer Suspensivbedingung tradiren zu wollen, nicht klar hervortrete, so sei das Gegentheil anzunehmen:

L. 8. D. *de jure dotium* (23. 3.)

„— sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est, hoc agi, ut statim res sponsi fiant, et nisi nuptiae secutae fuerint, reddantur“.

---

8) L. 1. D. *de lege commiss.* (18. 3.)

9) Sell. Ueber bedingte Traditionen. S. 199.

d) Wenn Jemand in Folge einer mortis causa donatio auf den Beschenkten den Besitz geschenkter Sachen überträgt, so kann er beabsichtigen, den Beschenkten sofort zum Eigenthümer zu machen, oder ihm nur die Detention einzuräumen. Im ersten Falle liegt eine Tradition unter einer Resolutiv-, im letzteren eine Tradition unter einer Suspensivbedingung vor. Das erstere muß im Zweifel nach einer durch mehrfache Argumente zu begründenden Präsumtion angenommen werden [10]).

Was hieraus für unsere Frage folgt, ergiebt sich leicht. Es liegt hier gleichfalls eine Nebenverabredung vor, deren Worte zweideutig sind, es ist desfalls auf das „quod actum est“ zu sehen und im Zweifel für eine Resolutivbedingung zu präsumiren. Die Analogie ist hier durchaus unabweisbar, um so mehr, da in mehreren der obigen Fälle der obligatorische Vertrag selbst bedingt ist, während hier nach der früheren Ausführung ein perfecter unbedingter Vertrag vorliegt.

Diese ganze Argumentation ist aber nur dann von besonderer Bedeutung, wenn man nicht zugiebt, daß das „quod actum est“ beim Abschlusse des pacti reservati dominii — Sicherheit des Käufers wegen creditirten Kaufgeldes — ohne Weiteres mit Consequenz zu der Annahme führe, die verkaufte Sache sei unter einer Resolutivbedingung tradirt.

Auch darin liegt einige Unterstützung der von mir vertheidigten Ansicht, daß das pactum reservati dominii offenbar als eine Nebenverabredung, conventio, erscheint und somit Platz greift die Bestimmung der

L. 2. §. 3. D. *pro herede* (41. 4.)

„... sed videamus, utrum conditio sit hoc, an conventio; si conventio est magis resolvetur, quam implebitur“.

§. 7.

II. Fortsetzung.

Durch die obigen Gründe scheint mir meine Behauptung, daß die an sich zweifelhaften Worte: „sub pacto reservati dominii“,

---

[10]) Hierüber ist besonders zu vergleichen Hasse im Rheinischen Museum. Bd. II. S. 320. flg. — Außerdem Mühlenbruch Pandekten Bd. III. §. 769 und v. Savigny. System. Bd. IV. S. 247.

„sub reservatione dominii“, „unter Vorbehalt des Eigenthums“ von einer Resolutivbedingung zu verstehen seien, vollkommen gerechtfertigt. Andere Schriftsteller haben für dieselbe Behauptung andere Gründe angeführt, deren nähere Prüfung nunmehr unternommen werden soll.

1) Müller argumentirt folgendermaßen: Da nach gesetzlicher Vorschrift in dem Falle, in welchem der Verkäufer keinen Credit giebt, das Eigenthum schon an sich durch Tradition, ohne erfolgte Zahlung, auf den Käufer nicht übergehen kann, so bleibt in diesem Falle ein besonderer Eigenthumsvorbehalt ganz gleichgültig und ist überflüssig. Sonach kann das **pactum reservati dominii** als eigenthümlicher, besondere Wirkungen hervorrufender Nebenvertrag, nur da vorkommen, wo der Käufer Credit erhalten. Wenn sodann ferner anzunehmen ist, daß die Parteien bei ihren Verträgen einen bestimmten vernünftigen Zweck vor Augen hatten, welcher nicht in widersprechenden Dingen gesucht werden darf, so kann im Zweifel das dem Kaufcontracte beigefügte **pactum reservati dominii** nicht suspensiver Natur sein, weil die Abschließung eines Hauptvertrages, nach welchem mit erfolgter Tradition das Eigenthum, selbst ohne sogleich erfolgende Zahlung, auf den Empfänger übergehen soll, in Verbindung mit dem Nebenvertrag, gemäß welchem der Empfänger an der übergebenen Sache nur erst nach bezahltem Kaufpreise das Eigenthum erwerben kann, einen offenbaren Widerspruch enthält, indem dieses so viel heißt als: Credit geben und doch nicht creditiren [1])!

Die Müller'sche Argumentation hat keinen großen Beifall gefunden; spätere Schriftsteller haben sich nachdrücklich gegen ihn erklärt [2]) und Müller hat seine Ansicht gegen diese Erklärungen zu vertheidigen versucht. Gegen diese Vertheidigung hat Mühlenbruch das Wort genommen und Folgendes gewiß sehr richtig bemerkt: es enthalte keinen Widerspruch, Kaufgeld creditiren, und dennoch nicht Eigenthum auf den Empfänger übertragen wollen. Aus dem Creditiren folge allerdings der Uebergang des Eigenthums auf den Käufer, aber nicht mit absoluter Nothwendigkeit; man könne

---

[1]) Archiv für civil. Praxis. Bd. XII. S. 253. 254. — Civilistische Abhandlungen. S. 11. flgde. und S. 42. flgde.

[2]) v. Geyso a. a. O. S. 163 flgd. — Dunker a. a. O. S. 81 flgde.

sagen: es sei dieses nur ein naturale, dessen Wirkung durch ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft beschränkt werden könne. Der Zweck des Creditirens mit wirklichem Vorbehalt des Eigenthums leuchte aber in die Augen. Der Verkäufer wolle die Sache nicht länger haben, und eben so wenig sei es ihm darum zu thun, gleich auf der Stelle das Geld zu erhalten; allein er wolle sich so vollständig wie möglich sicher stellen, und umgekehrt sei dem Käufer daran zunächst gelegen, die Sache besitzen und benutzen zu dürfen, auch sein Erwerbsrecht an derselben gesichert zu sehen, wenn er seiner Verbindlichkeit nachkomme. Worin solle denn hier der Widerspruch liegen [3]?

Es ist Müller meiner Ansicht nach nicht gelungen, darzuthun, daß zwischen dem Falle, wo nicht creditirt und dem, wo creditirt, aber das Eigenthum vorbehalten wird, kein Unterschied sei.

Die Abschließung des pacti reservati dominii gewährt der rechtlichen Lage der Contrahenten jedenfalls eine festere Gestalt, wie ich dieses oben schon angedeutet habe. Dieses zeigt sich besonders darin, daß der Verkäufer nicht befugt ist, die tradirte Sache in jedem Augenblicke zurückzufordern, wodurch dem Käufer jede feste Aussicht auf Erfolg seiner Bemühungen in Betreff der Benutzung der Sache entzogen würde. Auch reine Nachtheile würden ihn leicht treffen können, wenn der Verkäufer z. B. die Sache zurückfordert und die Miethverhältnisse aufhebt, welche der Käufer abgeschlossen hat, wozu jener unstreitig befugt ist, ohne Entschädigungsansprüche von irgend einer Seite befürchten zu dürfen.

Grund genug zu dem beregten Unterschiede liegt außerdem in dem Umstande, daß der Käufer, welchem ohne Credit die verkaufte Sache übergeben wird, den juristischen Besitz derselben erlangt, während der Käufer nur als bloßer Detentor erscheint, wenn in Folge des pacti reservati dominii die Sache übergeben wird und man in demselben eine Suspensivbedingung erblickt. — Freilich beweiset dieser Umstand, welchen ich im Laufe dieser Untersuchung näher begründen werde [4]), auch andererseits, daß die Annahme, das pactum reservati dominii enthalte eine Suspensivbedingung, wenn man sie

---

[3]) Mühlenbruch in der Allgemeinen Literaturzeitung vom Jahre 1835. № 70. S. 558.

[4]) Vergl. §. 13.

gleich nicht für eine Widersprüche involvirende und deshalb ungereimte halten darf, doch eine solche ist, welche der Absicht der Contrahenten und den Verhältnissen überall nicht entspricht.

Ein näheres Eingehen in die Argumentationen Müller's liegt außer meinem Zwecke.

2) Aus einem gleichen Grunde berühre ich die Argumentation Hoffmann's auch nur in ihren Grundzügen, welche dahin geht: ein wirklicher Kauf könne nicht gedacht werden neben der gleichzeitigen ausdrücklichen Erklärung, daß das Eigenthum nicht übergehen solle, und hieraus folge wieder, daß, wenn die Absicht der Betheiligten, kaufen und verkaufen zu wollen, klar und unbedingt ausgesprochen sei, die beigefügte Bedingung: das Eigenthum solle bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten bleiben, nicht den Sinn haben könne, daß solches erst nach Bezahlung des Kaufpreises übergehe, weil eine solche Bedingung mit jener Absicht unvereinbar sei, und jedes Geschäft so ausgelegt werden müsse, daß seine einzelnen Bestimmungen nicht unter sich im Widerspruche ständen [5]).

Ich gebe gern zu, daß vom Begriffe des Kaufvertrages die Absicht nicht trennbar sei, auf Seiten des Käufers, die volle Disposition über die Sache zu erwerben, so wie auf Seiten des Verkäufers, dem Käufer dieselbe zuzuwenden; ferner daß kein Kaufcontract vorliege, wenn die Parteien sich dahin einigen, daß das Object des Vertrags nicht Eigenthum des Käufers werden solle.

L. 80. §. 3. D. *de contr. emt.* (18. 1.)

> „Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus."

Ich gebe weiter zu, daß eine Tradition, in Folge welcher nur die Detention auf dem Käufer übergeht, nicht eine solche ist, worauf es beim Kaufen und Verkaufen abgesehen ist. Ich leugne aber, daß aus diesen Sätzen irgend wie die obige Schlußfolgerung gerechtfertigt zu werden vermöge.

Wenn die Contrahenten einen Kauf abgeschlossen haben und dann

---

[5]) Hoffmann a. a. O. S. 256. flgde. — Ihm ist beigetreten Ebhardt in der Juristischen Zeitung für Hannover. Jahrgang 1839. Hft. II. S. 72. flgde. — Ein Gleiches oder doch Aehnliches wird behauptet in der erwähnten Juristischen Zeitung. Jahrgang 1828. Hft. I. S. 179.

verabreden, es solle das Eigenthum auf den Käufer bis zur Zahlung des Kaufpreises nicht übergehen, so ergeben ja schon die gebrauchten Worte, daß hier von der Vorschrift der L. 80. cit. keine Rede sein könne; denn die Contrahenten bestimmen ja nicht schlechthin, daß Eigenthum nicht übergehen solle, sondern gerade umgekehrt, daß es nach Bezahlung des Kaufgeldes übergehen und nur bis dahin dem Verkäufer verbleiben solle.

Dann kommt aber noch Folgendes in Betracht: von jener Absicht, Eigenthum übertragen und empfangen zu wollen, davon, daß die Tradition im Sinne des Kaufcontracts wenigstens juristischen Besitz, welcher zur Ersitzung führen könne, übertragen müsse, kann natürlich ja nur die Rede sein, wenn der Käufer den Kaufpreis berichtigt oder sich doch zur Berichtigung desselben bereit erklärt hat. Von dieser Erfüllung ist keine Rede, wenn es sich um das pactum reservati dominii handelt. Dieses wird geschlossen, weil jene Erfüllung nicht thunlich ist, in einer Lage, welche den Verkäufer überall nicht verpflichtet, den Käufer in irgend eine nähere Beziehung zur gekauften Sache zu setzen. Jenes pactum hat überall keinen näheren Zusammenhang mit dem geschlossenen Kaufvertrag; der Verkäufer erklärt auf keine Weise, daß er den Käufer nicht zum Eigenthümer machen wolle in Gemäßheit des geschlossenen Vertrages; der Käufer kann in jedem Augenblicke, wenn er den Kaufpreis zahlt, zum Eigenthum gelangen. Der Abschluß des pacti reservati dominii soll nur einem unentschiedenen Zustande auf dem Wege vertragsmäßiger Einigung eine bestimmtere Gestalt verleihen; die regelmäßige Erfüllung des Kaufcontractes, die von den Contrahenten beabsichtigten Folgen des Kaufes, welche die oben angezogene L. 80. §. 3. D. 18. 1. und andere von Hofmann citirte Gesetzesstellen im Auge haben, werden durch jene Nebenverabredung gar nicht berührt und deshalb auch nicht aufgehoben.

§. 8.

II. Fortsetzung.

B. Wenn man unter dem pacto reservati dominii nach dem Obigen eine Resolutivbedingung versteht, so kann es die von den Contrahenten beabsichtigte Sicherung wegen des creditirten Kaufgeldes nur dann bewirken, wenn es richtig ist, daß das Eigenthum mit dem Eintritte jener Bedingung auf den Verkäufer zurückfällt. Die Richtigkeit dieses Satzes dürfte aber auch wohl mit Grunde nicht zu bezweifeln sein.

Das bloße Ueberlassen, Ueberliefern einer Sache an einen Andern begründet noch kein Eigenthum für diesen; es muß noch eine justa causa hinzutreten, damit Eigenthum erworben werde. Beides ist gleich wesentlich. Unter der justa causa darf man aber die ganze geschäftliche Umgebung der Handlung der bloßen Uebergabe verstehen — nicht allein den meist voraufgehenden obligatorischen Vertrag — wodurch dieser erst ihr eigentlicher rechtlicher Charakter verliehen wird. Das Eigenthum geht auf den Erwerber über ganz in Gemäßheit jener justa causa, also beschränkt seinem Umfange, wie seiner Dauer nach, jenachdem das eine, oder das andere der justa causa gemäß ist [1]). Handelt es sich um eine Beschränkung der Dauer nach, so geht das Eigenthum über bis zum Eintritte eines Zeitpuncts; tritt dieser Zeitpunct ein, so muß das Eigenthum zurückfallen, der Erwerber kann nicht mehr Eigenthümer bleiben, weil es ihm für die spätere Zeit an einer justa causa fehlen würde; einer Retradition bedarf es nicht, ja streng genommen ist diese nicht einmal möglich, da Niemand etwas übertragen kann, was er nicht mehr hat. Beim pacto reservati dominii überträgt nun gerade der Verkäufer das Eigenthum unter einer Beschränkung der Dauer nach und reservirt sich dasselbe soweit diese Beschränkung es mit sich bringt.

Die Nebenverabredung des reservirten Eigenthums hat, wie schon oben gezeigt wurde, die größte Aehnlichkeit mit den Nebenverabredungen der addictio in diem und der lex commissoria; bei den letzteren wirkt aber nach ausdrücklicher Vorschrift der Quellen die Resolutivbedingung ein eigentliches Zurückfallen des Eigenthums.

L. 1. D. *de in diem addict.* (18. 2.)

„In diem addictio ita fit: ille fundus centum esto tibi emtus, nisi si quis intra Kalendas Januarias meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat.“

L. 41. D. *de rei vindic.* (6. 1.)

„Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditio-

---

[1]) L. 48. D. *de pactis* (2. 14.)

„In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est.“

nem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest: postea, non poterit."

L. 4. C. *de pactis inter emt.* (4. 54.)

„Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem, non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit."

L. 1. C. *eod.*

„Si ea lege praedium vendidisti, ut nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emtrix arrhas perderet, et dominium ad te pertineret: fides contractus servanda est."

Ich werde nicht nöthig haben, in eine nähere Untersuchung der aufgeworfenen Frage einzugehen, da unter den neueren Juristen fast durchgängig die richtige Ansicht herrscht, daß Nebenverträge, welche eine Resolutivbedingung enthalten, stets den Rückfall des Eigenthums bewirken, es wäre denn, daß sich herausstellte, die Absicht der Contrahenten sei nur auf eine Obligation auf Rückerwerb gerichtet gewesen [2]). Von der letzteren Ausnahme kann beim pacto reservati dominii, wenn man dasselbe in seiner Formulirung so auffaßt, wie dieses oben geschehen ist, natürlich nicht die Rede sein; zweifelhaftere Ausdrücke werden aber wo möglich nicht von eigentlichem Rückerwerbe verstanden werden müssen, da als die Absicht der Contrahenten beim Abschlusse des pacti reservati dominii sich klar herausstellt, Sicherung wegen creditirten Kaufgeldes, welche so gut wie ganz verschwindet, wenn ein eigentliches Zurückfallen des Eigenthums nicht Statt findet.

---

[2]) Vergl. Mühlenbruch Lehrbuch der Pandecten Bd. II. §. 267 und die dort citirten Schriftstellen. — Außerdem v. Savigny System des römischen Rechts. Bd. III. §. 120. und Sell über bedingte Traditionen. §. 32. — Der entgegengesetzten Ansicht ist Hofmann a. a. O. S. 265 und behauptet diesemnach, daß der Eigenthumsvorbehalt dem Verkäufer nur eine persönliche Klage und somit sehr geringe Sicherheit gewähre.

§. 9.

II. Fortsetzung.

C. Es bleibt noch die Frage übrig, wann die dem pacto reservati dominii zu Grunde liegende Resolutivbedingung eintrete und den Rückfall des Eigenthums am verkauften Objecte auf den Verkäufer bewirke? Tritt jene Bedingung erst unter Voraussetzung der Insolvenz des Käufers ein, oder schon dann, wenn der Käufer in gehöriger Erfüllung der von ihm übernommenen Verbindlichkeiten überhaupt sich säumig finden läßt? [1]).

Ich glaube nun, daß der Rückfall des Eigenthums der verkauften Sache auf den Verkäufer nur unter der Voraussetzung der Insolvenz des Käufers Statt finde, weil gar nicht zu bezweifeln steht, daß die Absicht der Contrahenten beim Abschlusse des pacti reservati dominii auf Sicherung des Verkäufers wegen des creditirten Kaufgeldes gerichtet ist. Hält man hieran fest, so folgt mit nothwendiger Consequenz die obige Behauptung, weil der persönliche Anspruch des Verkäufers wegen creditirten Kaufgeldes erst mit dem Eintritte der Insolvenz des Käufers und insbesondere mit dem über sein Vermögen ausbrechenden Concurse unsicher wird. Bis zur Insolvenz kann an eine Unsicherheit der Forderung nicht gedacht werden, wogegen gerade der Verkäufer sich zu schützen beabsichtigte. — Die gegentheilige Ansicht führt zu ganz exorbitanten Resultaten, an deren Möglichkeit die Contrahenten ganz gewiß nicht gedacht haben. Nimmt man nämlich an, im Widerspruche mit der folgenden Erörterung, wie dieses z. B. von Müller geschieht, daß der Eintritt der Resolutivbedingung beim pacto reservati dominii auch das Wegfallen des Kaufcontractes zur Folge habe, so würde schon, wenn der Käufer auch nur mit einer Zinszahlung des creditirten Kaufgeldes im Rückstande bliebe, das Eigenthum auf den Verkäufer zurückfallen, in Folge dessen zugleich alle vom Käufer auf das Grundstück gelegten Lasten, besonders Hypotheken, wegfallen müßten. Sonach würde der Verkäufer, je nachdem das Grundstück in der Zwischenzeit im Werthe gestiegen oder gesunken wäre, reine Vortheile oder Nachtheile

---

[1]) Die Beantwortung dieser Frage ist von der größten praktischen Bedeutung, wenn man die im folgenden Paragraphen enthaltene Ausführung nicht billigt; billigt man diese, so hat die Frage nur ein geringeres praktisches Interesse.

erlangen, welche er weder zu ersetzen hätte, noch die ihm ersetzt zu werden brauchten. Das pactum reservati dominii würde also zu etwas ganz anderem führen, als zur Sicherung wegen einer bestimmten Summe. Die Praxis hat sicherlich nie solche Resultate gebilligt, welche zu ganz unglaublicher Verwirrung führen würden, indem jede auch nur um einen Tag verspätete Zinszahlung das Rückfallen des Eigenthums sofort nach sich ziehen müßte [2]).

§. 10.

III. Der Eintritt der Resolutivbedingung an sich bewirkt nicht die Auflösung des Kaufcontracts.

III. Der Eintritt der Resolutivbedingung bewirkt nicht, wie dieses bei der lex commissoria der Fall ist, daß der Verkäufer einseitig und ohne Weiteres vom Kaufvertrage zurücktreten kann, vielmehr bleibt dieser bestehen und es tritt nur dasjenige rechtliche Verhältniß wieder ein, in welchem Käufer und Verkäufer vor gegebenem Credite und erfolgter Tradition sich befanden.

Wenn man die Zergliederung eines Kaufcontractes und der Tradition, welcher ein pactum reservati dominii hinzugefügt ist, wie sie im §. 5. gegeben wurde, genau auffaßt, so kann die Richtigkeit des aufgestellten Satzes einem Bedenken gar nicht unterliegen; denn wenn die in Frage stehende Nebenverabredung der Tradition hinzugefügt wird und nicht dem Kaufcontracte, so ist auch gar nicht ab-

---

2) Vergl. auch §. 14. — Gleicher Ansicht, wenn gleich aus andern Gründen, ist Müller Archiv a. a. O. S. 260 und Civilistische Abhandlungen §. 9. Gegen ihn haben sich erklärt v. Geyso a. a. O. S. 167 und Dunker a. a. O. S. 88. Letzterer fragt, ob es wohl in der Natur der Verabredung liege, dem Verkäufer gegen den säumigen, aber solventen Käufer die Vindication abzusprechen, durch welche jener den Weiterungen ausweichen will, welche ihm bei Anstellung der persönlichen Klage auf Zahlung des Preises durch die mancherlei möglichen Einreden drohen? — Ihm ist zu erwiedern, daß die hervorgehobene Rücksicht mit jener Verabredung gar nichts zu thun habe: denn diese soll den Verkäufer nur gegen Nachtheile sichern, welche seinem Anspruche von Außen her drohen; sie ist kein Recht, welchem ein selbständiges Interesse zum Grunde liegt. Es verhält sich in letzterer Beziehung Alles so, als wenn das creditirte Kaufgeld durch Pfandrechte gesichert wäre.

zusehen, wie jene Nebenverabredung, wenn sie in Wirksamkeit tritt, auf den Kaufcontract, mit welchem sie in gar keiner Verbindung steht, überhaupt einwirken könnte. Die Tradition mit Vorbehalt des Eigenthums sollte nur auf vertragsmäßigem Wege dem unentschiedenen Zustande, welcher unter den Contrahenten in Folge perfecten Kaufs besteht, so lange nicht von Seiten des Käufers das Kaufgeld berichtigt ist, eine festere Gestalt geben; tritt nun die Bedingung ein, unter welcher man sich einigte, so hört der gleichsam provisorische Zustand auf und es tritt der unentschiedene frühere Zustand wieder ein, dauert auch so lange fort, bis er, wie gleichfalls oben angegeben wurde, in Folge allgemeiner Rechtsregel zur Entschiedenheit gelangt.

Es ist deshalb eine reine Inconsequenz, wenn Müller[2]) und Dunker[3]) einerseits annehmen, das pactum reservati dominii sei eine der Tradition hinzugefügte Bedingung, andererseits aber, der Eintritt dieser Resolutivbedingung bewirke wie die lex commissoria, daß der Verkäufer einseitig vom Kauftontracte wieder abgehen könne. Müller meint, wenn der Verkäufer unter Vorbehalt des Eigenthums tradirt habe, so sei damit dem Rechte des Käufers auf das Kaufobject vollkommen Genüge geleistet. Sei das Eigenthum nun später in Folge des Vorbehalts auf den Verkäufer zurückgefallen und die Sache restituirt, so könne der Käufer wahrlich nicht verlangen, daß der Verkäufer gegen ein späteres Anerbieten des Kaufpreises die schon einmal tradirte Sache noch einmal tradire. Hierzu habe er sich nirgendwo verpflichtet. — Nach dem Obigen bedarf diese Argumentation keiner besonderen Widerlegung; ob der Verkäufer sich zu der nochmaligen Tradition verpflichtet habe, oder nicht, ist ganz gleichgültig; das Gesetz verpflichtet ihn dazu.

Nach Dunker soll die Auflösung des Kaufes, welche durch die Vindication des Verkäufers herbeigeführt werde, mit dem Willen beider Contrahenten geschehen. Der Verkäufer vindicire wegen seines vorbehaltenen Eigenthums und gebe dadurch, daß er die venditi actio auf Erfüllung nicht anstelle, zu erkennen, daß er von dem Vertrage abtreten wolle, und der Käufer erkläre sich hiermit einverstanden, wenn er die Sache herausgebe, wozu er verbunden sei, wenn er den Preis nicht zahle. Ich sollte meinen, daß diese De=

---

[2]) Müller Civil. Abhandl. Bd. I. S. 24. flgde.

[3]) Dunker a. a. O. S. 161 flgde.

duction nur für Wenige etwas Ueberzeugendes haben werde; denn wie schwach die Schlußfolgerung aus dem Willen ist, stellt sich doch sofort heraus. Wie sollte insbesondere vom Käufer anzunehmen sein, daß er vom Kaufvertrage zurücktreten wolle, wenn er freiwillig etwas thut, wozu er gezwungen werden kann, weil er sich dazu verpflichtete. Verzichte sollen ja überhaupt nicht vermuthet werden, und die leiseste Andeutung auf den von Dunker supponirten Willen muß schwinden, wenn man nur daran festhält, daß das pactum reservati dominii der Tradition und nicht dem Kaufcontracte hinzugefügt werde, jene nicht diesen bedinge.

Durch die Annahme, daß das pactum reservati dominii wie die lex commissoria wirke, kommt denn aber Müller sofort ins Gedränge. Man entgegnet ihm, unter dieser Voraussetzung sei ja das pactum reservati dominii ein ganz überflüssiges Institut. Hierauf erwiedert jener, die lex commissoria sei nicht denkbar ohne Hinzufügung eines dies. Werde nun eine Zeit bestimmt, so könne man von einem pacto reservati dominii nicht reden; dieses finde nur dann seinen Platz, wenn eine Zeitbestimmung nicht hinzugefügt sei. — Ich will, um nicht weitläufig zu werden, die Richtigkeit des Satzes, die lex commissoria setze nothwendig einen dies voraus, dahin gestellt sein lassen [4]), daneben aber als wahre Duplik Folgendes vorbringen: unter vielen hunderten von Obligationen, in welchen ein pactum reservati dominii sich befand, habe ich auch nicht eine einzige gefunden, in welcher nicht wegen Berichtigung des creditirten Kaufgeldes Zeitbestimmungen getroffen wären. Auch ist dieses so durchaus natürlich und sich von selbst verstehend, daß derartigen Obligationen wohl nur in durchaus seltenen Fällen eine Zeitbestimmung fehlen wird. Jedenfalls dürften diese Fälle nicht so häufig sein, daß die Praxis sich dadurch veranlaßt gefühlt haben sollte, ein neues Institut, welches die Quellen nicht erwähnten, auszubilden. So ergiebt sich also in Folge eines Rückschlusses, daß das pactum reservati dominii, möge ihm nun ein dies beigefügt sein oder nicht, sich auf gleiche Weise entschieden von der lex commissoria unterscheide und andere Wirkungen herbeiführen müsse, als diese.

Gleichfalls muß Dunker in Widersprüche gerathen. Während Müller annimmt, durch den Eintritt der Resolutivbedingung, welche

---

[4]) Dagegen haben sich erklärt sowohl v. Geyso a. a. O. S. 168, als auch Dunker a. a. O. §. 9. S. 84—86.

im pacto reservati dominii enthalten sei, werde der Kaufcontract, wenn der Verkäufer wolle, aufgelöset, behauptet Dunker, die Auflösung des Kaufcontracts werde durch die Vindication des Verkäufers herbeigeführt. Schon von vorn herein muß es auffallen, daß ein obligatorischer Vertrag durch Anstellung einer dinglichen Klage aufgelöset werden soll. Dunker behauptet dieses, um so zu dem Satze zu gelangen, daß durch das Vindiciren und Herausgeben der Sache der Wille beider Theile, den Kaufcontract aufzulösen, sich herausstelle. Wie schwach diese Schlußfolgerung sei, habe ich bereits gezeigt; hier will ich noch Folgendes hinzufügen. Nach bekannter Rechtsregel kann der Verkäufer, welcher dem Käufer die verkaufte Sache tradirte, ohne Credit gegeben zu haben, diese wieder vindiciren [5]; es hat aber wohl schwerlich Jemand behauptet, daß der Kaufcontract durch dieses Vindiciren und Herausgeben aufgelöset werde. Und dennoch müßte dieses ganz aus denselben Gründen behauptet werden, welche Dunker für sich anführt. Auch hier hätte der Verkäufer die venditi actio anstellen und der Käufer durch Zahlung des Kaufschillings die Vindication abwenden können. Es müßte also auch hier geschlossen werden, durch Anstellung der rei vindicatio einerseits, durch Restitution der Sache andererseits, sei die Absicht der Parteien zu erkennen gegeben, vom Kaufcontracte abzutreten. So bliebe denn für Dunker nur die Annahme übrig, das Wegfallen der Suspensivbedingung resolvire den Kaufcontract. Dadurch käme aber jener Schriftsteller zu Folgerungen, welche er, durch richtigen praktischen Tact geleitet, mit allen Kräften bekämpft. Ja, es würde ihm diese Annahme wohl noch gefährlicher als Müller, da er in dem pacto reservati dominii eine Suspensivbedingung erblickt [6]).

§. 11.

D. Folgerungen aus der richtigen Ansicht.

I. Vorbereitende Bemerkungen.

Nachdem nunmehr in dem Obigen (§§. 5—10) der Begriff des pacti reservati dominii aufgestellt und erörtert ist, wird es an

---

5) L. 19. D. *de contrah. emt.* (18. 1.) §. 41. J. *de rer. divis.* (2. 1.)

6) Auch v. Geyso a. a. O. S. 169 nimmt an, daß in Folge des pacti reservati dominii der Kaufcontract nie aufgelöset werde; hierin stimme ich ihm bei, keineswegs billige ich aber die weiteren Folgerungen, welche v. Geyso hieraus zieht.

der Zeit sein, die einzelnen Wirkungen näher zu betrachten, welche in Folge jener Nebenverabredung in dem Rechtsverhältnisse, worin die Contrahenten zur Sache stehen, eintreten. Zuvor möge mir jedoch noch folgende Bemerkung erlaubt sein. — Wenn man annimmt, daß das Institut des reservirten Eigenthums auf einem Gewohnheitsrechte beruhe, so kommt es vorzugsweise darauf an, die Wirkungen, welche die Reservation des Eigenthums im Leben hervorruft, und wodurch, als etwas Aeußerem, das Gewohnheitsrecht sich nur beurkunden kann, scharf aufzufassen und von dieser Auffassung aus auf den allgemeinen Begriff, als den letzten Grund dieser Wirkungen, zurückzuschließen. Dann hat jener Begriff vorzugsweise ein secundäres, rein wissenschaftliches, und nur insofern ein weitergehendes Interesse, als man aus dem abgeleiteten Begriffe auf einzelne Wirkungen wird schließen dürfen, welche selten in der Praxis vorkommen und sich deshalb nicht so fest und scharf ausprägen, als andere Wirkungen, aus denen jener Begriff construirt wurde; denn man darf annehmen, daß die Gewohnheit sich consequent nach einem obersten Grundsatze ausbildete, welcher aber nur gedacht nicht äußerlich wahrgenommen werden kann.

Leugnet man dagegen, daß jene Nebenverabredung auf einem, durch das Lebensbedürfniß hervorgerufenen Gewohnheitsrechte beruhe, so kommt es darauf an, aus den Worten, deren sich die Contrahenten beim Abschlusse des pacti reservati dominii bedienten, und der Absicht, welche sie dabei hegten, das Wesen des pacti reservati dominii wissenschaftlich zu construiren, und aus dem so gewonnenen Begriffe die einzelnen Wirkungen mit Consequenz abzuleiten.

Sollte es sich dann später zeigen, daß man auf dem einen, wie auf dem andern Wege zu demselben Endresultate gelange, so wäre damit bewiesen, daß das Gewohnheitsrecht sich in Consequenz mit den allgemeinen wissenschaftlichen Regeln ausbildete.

Für die Deduction ist es natürlich angemessener, wenn man der Ansicht ist, daß beide Wege zu demselben Endresultate führen, den letzteren Weg zu betreten, wie auch ich dieses in dem Obigen gethan habe, weil Erfahrungen in der Praxis nicht so leicht bewiesen und zur Ueberzeugung gebracht werden können.

Mit Rücksicht auf diese vorbereitenden Bemerkungen will ich nun die einzelnen, jedoch nur hauptsächlicheren Wirkungen des pacti reservati dominii in nähere Erwägung ziehen.

§. 12.

II. Gefahr des Zufalls.

Alle neueren Schriftsteller sind darüber einverstanden, daß der Käufer die Gefahr der Sache trage. Man ist von der Richtigkeit dieser Ansicht so sehr überzeugt, daß man sich derselben häufig bedient, um dadurch die Irrigkeit widersprechender Begriffsconstructionen des pacti reservati dominii darzuthun. Das Letztere geschieht meist ohne Grund, die Ansicht selbst ist aber durchaus richtig, weil die Gefahr der Sache bereits mit perfectem Kaufe auf den Käufer übergeht [1], die Nebenverabredung des reservirten Eigenthums aber nicht den Kaufcontract, sondern nur die Tradition bedingt [2]). — Auch Dunker [3]) vertheidigt diese Ansicht, allein nicht ohne Widerspruch; denn soll in Folge des pacti reservati dominii, welches nach ihm eine Suspensivbedingung enthält, der Kaufcontract selbst aufgelöst werden, so verhält sich hierbei — unter Berücksichtigung des im §. 10 Ausgeführten — Alles so wie bei der in diem addictio und der lex commissoria, wenn diese Nebenverträge unter einer Suspensivbedingung geschlossen sind und die Tradition der gekauften Sache hinzugetreten ist. Es handelt sich um eine „emtio conditionalis", ein „contrahere sub conditione" [4]) wobei der Verkäufer die Gefahr trägt [5]).

Diesen Widerspruch vermeidet allerdings Müller, obwohl er das pactum reservati dominii gleich wirken läßt wie die lex commissoria, indem er in jenem Nebenvertrage eine Resolutivbedingung findet.

Die erörterte Frage ist eine solche, welche in der Praxis nicht häufig vorkommt und sich deshalb nicht scharf ausprägt, auch will ich offen bekennen, daß ich über eine Praxis in Betreff derselben nichts sagen kann, worauf gerade hierbei auch wohl nur wenig ankommen kann.

§. 13.

III. Dispositionsbefugniß über die sub pacto reservati dominii veräußerte Sache.

Wenn man beim pacto reservati dominii von einer Resolu=

---

[1]) L. 8. pr. D. *de peric. et comm.* (18. 6.)

[2]) Vergl. oben §. 5.

[3]) Dunker a. a. O. 74 flgd.

[4]) L. 2. D. *de in diem add.* (18. 2.) L. 1. D. *de lege commissoria* (18. 3).

[5]) L. 8. pr. D. *de peric. et comm.* (18. 6.)

tivbedingung ausgeht, so ergiebt sich ganz von selbst, daß der Käufer in Folge der Tradition juristischer Besitzer und Eigenthümer wird. Daraus folgt dann ferner, daß er die Sache weiter veräußern kann, daß er befugt ist, dieselbe sowohl activ als passiv im Rechtsstreite zu vertreten, daß er das Recht hat, dieselbe mit dinglichen Rechten, insbesondere Pfandrechten zu belasten, daß er diejenigen politischen Rechte genießt, welche das öffentliche Recht an den Grundbesitz knüpft. Diejenigen Schriftsteller, welche in jener Verabredung dagegen eine Suspensivbedingung erblicken, sind durchaus entgegengesetzter Ansicht. Nach ihnen ist der Käufer nur Detentor. Alle Eigenthumsrechte, seien sie nun privatrechtlicher oder politischer Natur, sollen dem Verkäufer zustehen. Der mit dinglichen Klagen in Anspruch genommene Käufer soll befugt sein, eine auctoris laudatio vorzunehmen. — In diesem Puncte muß ich nun diesen Schriftstellern einen ganz entschiedenen Widerspruch entgegensetzen und Dunker, unbeschadet des Werths seiner Abhandlung in andern Puncten, das vorwerfen, was er selbst einem großen Theil der Juristen vorwirft, ein reines Verkennen der Bedürfnisse der Praxis und ihrer Gestaltung. Den letzteren Behauptungen widerspricht die tägliche Erfahrung. Die Grundeigenthümer nehmen Theil an politischen Vorrechten, welche an den Grundbesitz geknüpft sind, gleichviel, ob auf ihrem Grundeigenthume Forderungen unter Vorbehalt des Eigenthums ruhen, oder nicht; ohne Rücksicht auf diesen Unterschied haben sie active und passive Wahlfähigkeit, wenn diese auch an den Grundbesitz geknüpft ist, zahlen Grundsteuer an den Staat und auf den Grundbesitz gelegte Abgaben an die Gemeindeobrigkeit. Ja, wenn ich bedenke, wie selten es ist, daß auf dem Grundeigenthume nicht Forderungen unter Reservation des Eigenthums haften, so möchte ich fragen, wie vielen Grundbesitzern, welche in der höchsten politischen Versammlung eines Staates Sitz und Stimme führen, wohl nicht quaestio status gemacht werden könnte, wenn man die Ansicht dieser Schriftsteller billigen wollte? — Beweisen kann ich dieses Alles nicht; allein ich bin durchaus fest überzeugt, daß gewiß nicht Viele, welche das praktische Leben kennen, meinen Behauptungen widersprechen werden. Die richtigen Begriffe leben auch im Volke, weil fast jeder Tag sie klar ausprägt; man frage, um sich davon zu überzeugen, Nichtjuristen, welche mit den Verhältnissen des Grundeigenthums in Berührung kommen.

Einzelne Puncte will ich näher berühren, ihre Beleuchtung möge

zeigen, daß das Verhältniß des Käufers zur Sache, welche unter Reservation des Eigenthums tradirt ist, kein so precaires, unbestimmtes, durchaus schwankendes, den Bedürfnissen des praktischen Lebens nicht im Mindesten entsprechendes ist, wie jene Schriftsteller wollen.

1) Es ist recht sehr gewöhnlich, daß auf einem und demselben Grundstücke zwei und noch viel mehrere Forderungen mit reservirtem Eigenthume haften [1]). Wie wäre dieses irgend erklärbar, wenn der Verkäufer, nicht der Käufer Eigenthümer der Sache wäre, also auch jener nicht dieser Veräußerungsbefugniß hätte. Der Käufer veräußert die Sache einem Dritten und creditirt den Rest des Kaufgeldes dem neuen Käufer unter Vorbehalt des Eigenthums, und eben so bildet sich das Verhältniß zwischen dem dritten Verkäufer und dem vierten Käufer. Wenn man aus Hypothekenbüchern ersieht, daß ein und dieselbe Forderung mit reservirtem Eigenthume nicht selten während hundert Jahren auf einem Grundstücke haftet, so muß man dieses Grundstück wahrlich zu einem caput mortuum machen, wenn man dem Käufer keine Veräußerungsbefugniß zugesteht. Der freie Verkehr mit dem Grundeigenthume würde sehr bedeutend beschränkt, und das liegt gewiß nicht in der Absicht der Contrahenten.

2) Forderungen mit reservirtem Eigenthume wandeln durch Cession aus der einen Hand in die andere; die tägliche Erfahrung und noch besser lehrt dieses die Einsicht in die Hypothekenbücher. Beide lehren daneben, daß der Cessionar derselben Rechte, derselben Sicherheit sich erfreut, welche der Cedent genoß. Das Alles ist leicht erklärlich, wenn man im pacto reservati dominii eine Resolutivbedingung annimmt, den Käufer als Eigenthümer betrachtet. Nimmt man dagegen eine Suspensivbedingung an, sieht man im Verkäufer den Eigenthümer, so bleibt das Eigenthum beim Cedenten, weil es ohne Tradition auf den Cessionar nicht übergehen kann; die cedirte Forderung ist also ohne alle dingliche Sicherheit [2]).

---

[1]) Auf den Fall, daß mehrere Forderungen unter Vorbehalt des Eigenthums auf ein und demselben Grundstücke haften, nimmt sogar besondere Rücksicht die Königlich Hannoversche Verordnung für die Provinzen, wo das gemeine Recht gilt über die Location der Zinsen im Concurse vom 3. Mai 1829. §. 3. bei Ebhardt Sammlung der Verordn. Bd. II. S. 694.

[2]) Dieses wird auch angenommen von Flach Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts zu Wiesbaden. Gießen 1842. Theil I. Erört. 11. und mit einem Präjudize belegt. — Hieraus würde man aber um so weniger für

3) Wer in dem Vorbehalt des Eigenthums eine Resolutivbedingung annimmt, muß die Befugniß, die verkaufte Sache zu verpfänden dem Käufer, nicht dem Verkäufer zugestehen; hält man dagegen streng fest an dem Begriffe einer Suspensivbedingung, so kommt man dahin, die gedachte Befugniß nicht dem Käufer, sondern umgekehrt dem Verkäufer zuzusprechen. Dieses behauptet auch v. Geyso[3]; er sagt insbesondere, das vom Verkäufer auf die verkaufte Sache gelegte Pfand sei gültig, könne gegen den Käufer wie gegen jeden Besitzer geltend gemacht werden, und der Käufer könne nur durch die persönliche Entschädigungsklage aus dem Kaufcontracte sich helfen. Dunker billigt ausdrücklich diese Ausführung von Geyso's[4]. — Dieser Punct ist es nun, wo das Bedenkliche des Princips der gedachten Schriftsteller hervorspringt. Er ist die Klippe, an der ihre Theorie scheitert.

Ich freue mich hier, die Widerlegung mit den Worten Mühlenbruch's[5], welcher sonst im Allgemeinen die Dunker'sche Theorie billigt, beginnen zu können. Er erklärt, die Annahme, daß der Verkäufer die Sache gültig mit Hypotheken belasten könne, vertrage sich überall nicht mit dem Zwecke des Geschäfts, welcher hier wie bei allen bonae fidei negotiis vorzugsweise zu berücksichtigen sei. — Wer sollte diese Erklärung nicht billigen, welche durch einen durchaus richtigen praktischen Tact hervorgerufen scheint? Wer möchte nicht weiter gehen und erklären, entweder haben jene Schriftsteller die Praxis mißverstanden, oder die Praxis verkennt ganz die Lebensbedürfnisse. Das Letztere ist aber nicht der Fall; es ist etwas sehr Gewöhnliches, daß in demselben Termine, in welchem die Abtretung des Eigenthums geschieht unter Reservation desselben für den Rest des Kaufgeldes, der Käufer im Beisein des Verkäufers Hypotheken für Geldsummen, welche er zur Berichtigung des übrigen Theils des Kaufgeldes vom Dritten empfängt, auf die gekaufte Sache

---

die gemeinrechtliche Praxis ein Argument entnehmen können, als nach der Nassauischen Particulargesetzgebung dem pacto reservati dominii unzweifelhaft eine Suspensivbedingung zu Grunde liegt. Daß eine Gesetzgebung den Zweifel auf diese Weise lösen können, ist nicht zu bestreiten.

3) v. Geyso a. a. O. S. 172. 173.

4) Dunker a. a. O. S. 180. 181.

5) Mühlenbruch in der Haller allgemeinen Literaturzeitung. Jahrg. 1835. № 70. S. 558.

legt. Dieses zeigt doch wohl klar genug, wie die Praxis das Institut des vorbehaltenen Eigenthums auffaßt und berechtigt zu der Behauptung, daß wohl schwerlich jemals die gemeinrechtliche Praxis dem Verkäufer das Recht zugestanden haben werde, die verkaufte Sache gültig mit Hypotheken zu beschweren.

Doch man erwiedert mir, daraus, daß Etwas sei und so gehalten werde, folge nicht, daß es auch so sein müsse. Ich will deshalb der Sache tiefer nachforschen. Wiederholt habe ich bereits bemerkt, daß die Absicht der Contrahenten beim Abschlusse des pacti reservati dominii gerichtet sei auf Erfüllung des Kaufcontractes unbeschadet der größtmöglichsten Sicherung des Verkäufers wegen creditirten Kaufgeldes. Ich frage aber, was hat die Befugniß des Verkäufers die verkaufte Sache zu verpfänden, mit seiner Sicherheit zu thun? Gewiß nicht das geringste. Und dennoch nehmen obige beide Schriftsteller Sicherung des Verkäufers als Zweck und Absicht der Contrahenten an; Dunker entwickelt dieses Alles näher und erklärt ganz richtig, das vorbehaltene Eigenthum sei kein Recht, welchem ein selbständiges Interesse zu Grunde liege, sondern ein Recht, welches nur zur Realisirung eines andern Rechtes dienen solle [6]. — Nur tritt die ganze Theorie Dunker's in den oben angegebenen Folgen in den schneidendsten Widerspruch mit dem entwickelten Principe; denn wenn der Verkäufer nach wie vor befugt sein soll, die Sache zu verpfänden; Theilnehmer derjenigen politischen Rechte, welche an den Grundbesitz geknüpft sind; frei von Cautionen, wenn Grundbesitz davon befreit, so ist doch wohl nichts einleuchtender, als daß hier von keinem Rechte die Rede ist, welches zur Realisirung eines andern Rechtes dienen soll — denn in welchem auch nur entfernten Zusammenhange ständen jene Befugnisse mit der Sicherung des Kaufgeldes —, sondern offenbar von einem Rechte, welchem ein selbständiges Interesse zu Grunde liegt. — So erscheint denn jenes richtige Princip so ziemlich ohne allen Einfluß auf die Darstellung, ohne Consequenz, nur aufgestellt, um eine isolirte Erscheinung zu begründen, von der Dunker selbst erklärt, daß Praxis und die meisten Schriftsteller darin übereinstimmten, den Satz nämlich, daß die Gläubigergemeinschaft das Recht habe, die Vindication des Verkäufers abzuwenden, um dadurch den Ueberschuß des Werthes der Sache

---

6) Dunker a. a. O. §. 14. S. 92.

für die Concursmasse zu gewinnen. Hierauf komme ich jedoch noch später zurück.

Wendet man nun aber jenes auch von Dunker gebilligte Princip mit Consequenz an, so ergiebt sich ganz von selbst, daß der Verkäufer die Sache weder verpfänden, noch die übrigen oben genannten Eigenthumsrechte haben kann; daß vielmehr der Käufer dieselben haben müsse, wenn nur die Sicherung des Verkäufers daneben gleich gut bestehen kann, was nicht zu bezweifeln ist, wie später noch näher gezeigt werden soll.

4) Geht man beim pacto reservati dominii von einer Resolutivbedingung aus, so leidet es keinen Zweifel, daß der Käufer Besitzer der Sache und damit zur Anstellung der possessorischen Interdicte und der actio Publiciana befugt ist; umgekehrt sollte es nicht bezweifelt werden, daß der Käufer nur Detentor sei und deshalb nicht berechtigt zu den possessorischen Interdicten und der Publiciana in rem actio, wenn man eine Suspensivbedingung statuirt. — Dunker berührt diesen Punct, erklärt den Käufer für einen bloßen Dententor, nicht befugt zu den possessorischen Interdicten, wohl aber berechtigt zur Anstellung der Publiciana in rem actio [7]. Dieses ist meiner Ansicht nach unrichtig; denn die Publiciana in rem actio hat, soweit sie überhaupt Besitz erfordert, juristischen Besitz zu ihrer nothwendigen Voraussetzung.

L. 13. §. 1. D. *de Public. in rem act.* (6. 2.)

„Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium; namque pignoraticiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium; illa scilicet ratione, quia neque creditor, neque is, qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse“.

Dunker geht davon aus, daß das gemeine Recht [8] jene Klage jedem Käufer gebe, ohne Rücksicht darauf, ob der Preis bezahlt sei, oder nicht; es bestehe aber zwischen den beiden Fällen, daß die Sache ohne Credit übergeben und daß creditirt, das Eigen=

---

[7]) Dunker a. a. O. §. 15 und §. 20.

[8]) L. 8. D. *de Publ. in rem act.* (6. 2.)

thum aber vorbehalten sei, eine unverkennbare Aehnlichkeit darin, daß in beiden Fällen der Käufer kein Eigenthum, nicht einmal den juristischen Besitz habe. — In Betreff des Eigenthums mag zwischen beiden Fällen die behauptete Aehnlichkeit obwalten, in Betreff des juristischen Besitzes ist dieses nicht der Fall. Beim Kaufe ist die Absicht der Contrahenten Eigenthum der gekauften Sache einerseits aufgeben, andererseits erwerben zu wollen, ganz klar. Tradirt nun der Verkäufer ohne Weiteres, so thut er es um den Contract zu erfüllen, und der Käufer erwirbt den Besitz diesemnach animo domini, weshalb ihm auch die Publiciana in rem actio zugestanden werden mag. Tradirt dagegen der Verkäufer in Gemäßheit einer besonderen Nebenverabredung, welche den Sinn hat, Eigenthum solle nicht übergehen, so kann gar nicht daran gedacht werden, daß der Käufer den Besitz animo domini erwirbt. Der Käufer erscheint also als bloßer Detentor und es ist kein Grund vorhanden, ihm gegen allgemeine Rechtsregeln die Publiciana in rem actio zuzugestehen, eben so wenig als possessorische Interdicte, deren der Käufer im erstem Falle sich sicherlich bedienen kann.

§. 14.

IV. Rechtsverhältniß bei eintretender Resolutivbedingung.

1. Ohne Rücksicht auf den Fall des Concurses.

Vor der Insolvenz des Käufers tritt das pactum reservati dominii nicht in Wirksamkeit, das Eigenthum fällt nicht zurück, der Verkäufer kann nicht die verkaufte und tradirte Sache vindiciren. Bis dahin steht ihm nur die venditi actio zu Gebote, wenn der Käufer seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. Diese sichert den Verkäufer auch vollkommen; sie führt zur Execution und dadurch regelmäßig zur Befriedigung. Ergiebt die Execution, daß das Vermögen des Käufers insolvent ist, ohne daß mehrere Gläubiger zusammentreffen — was wohl nur der Fall sein wird, wenn die verkaufte Sache im Laufe der Zeit im Werthe gesunken ist — so lebt sein Eigenthum auf, und dieses hat für ihn den ganz besonderen Vortheil, daß, wenn zu dem verkauften Grundstücke sich kein Käufer findet, der Verkäufer zu dem verkauften Grundstücke wiedergelangt, ohne daß ihn die beim Verkaufe des pignus iudiciale geltende Rechtsregel trifft, wonach dieses dem Gläubiger nur zum Betrage seiner

ganzen Forderung zugeschlagen werden kann [1]). Dieser Vortheil kann unter Umständen noch viel bedeutender sich herausstellen, wenn in einem Lande particularrechtlich der Schuldner einen Anspruch auf das s. g. beneficium taxationis hat, wie z. B. im Königreiche Hannover, wo der Schuldner zu verlangen berechtigt ist, daß der Gläubiger ein Grundstück zu dem durch Sachverständige auszumittelnden gemeinen Werthe annehme, wenn dieser wenigstens das Doppelte des höchsten Gebots erreicht und der Gläubiger dennoch auf den Verkauf des Pfandes besteht [2]).

Gelangt der Käufer in der Folge zu besseren Vermögensumständen, so steht es dem Verkäufer frei, da durch das Wirksamwerden des pacti reservati dominii der Kaufcontract nicht aufgehoben wird [3]), so lange nicht in Folge allgemeiner Rechtsregel dieses obligatorische Verhältniß aufgelöst ist, den Käufer auf Contractserfüllung mit der actio venditi zu belangen.

§. 15.

2. Im Falle des Concurses.

Der im Vorigen behandelte Punct dürfte praktisch von keiner großen Erheblichkeit sein; denn Insolvenz einem einzigen Gläubiger gegenüber ist schon an sich selten; sehr selten aber sicherlich dem Verkäufer gegenüber, welcher sich wegen des Kaufgeldes — und meistens sogar nur wegen eines Theils desselben — das Eigenthum reservirte. Recht eigentlich zur praktischen Bedeutung gelangt das reservirte Eigenthum erst, wenn über das Vermögen des Käufers Concurs ausbricht. Jetzt erst wird die Forderung wegen creditirten Kaufgeldes recht eigentlich unsicher, indem sie mit andern Forderungen in Conflict geräth.

Der Verkäufer hat nun möglicher Weise einen dreifachen Weg, um im Concurse zu seiner Befriedigung zu gelangen:

---

1) Mühlenbruch Pandekten. Bd. II. §. 315. — Müller Civilistische Abhdl. S. 131 flgde. — v. Vangerow Leitfaden zu Pandekten-Vorles. I. S. 790.

2) Untergerichts-Ordnung vom 5. October 1827. §. 178. verglichen mit der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung vom 26. Junius 1713. II. 15. §. 22. —

3) Vergleiche oben §. 10.

1) er liquidirt seine Forderung auf das creditirte Kaufgeld ohne Beziehung auf das reservirte Eigenthum. Dieser Fall wird wohl so leicht nicht vorkommen, weil er den Verhältnissen nur dann angemessen ist, wenn die verkaufte Sache durch gewaltsame Naturereignisse untergegangen ist;

2) er vindicirt die verkaufte Sache, deren Eigenthum nach Eintritt der Resolutivbedingung in Folge der Insolvenz des Käufers auf ihn zurückgefallen ist. Auf diesem Wege wird er meistens zu seiner Befriedigung gelangen;

3) er liquidirt seine Forderung auf das creditirte Kaufgeld, macht aber daneben sein Recht auf die sub reservatione dominii tradirte Sache geltend. Dieser Weg wird in der Praxis am meisten betreten, weil er der natürlichste ist und am sichersten zur Befriedigung führt. Es ist jedoch nur dann nöthig, diesen Weg zu betreten, wenn die verkaufte Sache zwar noch existirt, aber an Werth gesunken ist, sei es nun durch Schuld des Besitzers, oder durch äußere Zufälle und Zeitumstände.

Wenn der Verkäufer den einen oder den andern der beiden letzteren Wege einschlägt, so wird so ziemlich in allen Fällen, da durchaus selten die auf einem Grundstücke sub reservato dominio haftende Forderung den Werth desselben übersteigt, der Concurscurator das größte Interesse dabei haben, das vom Cridar gekaufte Grundstück der Debitmasse zu erhalten. Es fragt sich deshalb, ob er befugt sei, dadurch, daß er das creditirte Kaufgeld berichtigt, die Vindication des Verkäufers abzuwehren?

In der Praxis bejaht man diese Frage, so viel ich weiß, ganz allgemein und entschieden, auch stimmen in diesem Puncte die Schriftsteller mehr als in irgend einem andern überein. An eine völlige Uebereinstimmung ist freilich überall nicht zu denken, und auch noch in neuerer Zeit ist die Frage ganz entschieden verneint. Sie bedarf und verdient gewiß eine nähere Erwägung.

Müller erblickt im pacto reservati dominii zwar eine Resolutivbedingung, nimmt aber daneben an, daß die in Folge der Insolvenz des Käufers eintretende Resolutivbedingung den Kaufcontract auf gleiche Weise wie die lex commissoria auflöse. In scheinbarer Consequenz hiermit verneint er nun auch die aufgeworfene

Frage [1]). — Dunker dagegen bejaht die aufgeworfene Frage und läßt sich durch einen richtigen praktischen Tact leiten, indem er gerade hier die Berücksichtigung der Absicht der Contrahenten beim Abschlusse des pacti reservati dominii, Sicherung des Verkäufers wegen creditirten Kaufgeldes ins Auge faßt, ein Princip, welches er freilich allgemein aufstellt, aber nicht frei walten läßt, wie im Obigen genügend gezeigt wurde.

Daneben argumentirt Dunker auch noch auf folgende Weise: der Käufer, welchem ohne Credit tradirt werde, könne die Vindication des Verkäufers durch Berichtigung des Kaufgeldes abwenden; dasselbe müsse um so mehr in dem Falle gelten, wo der Verkäufer unter Vorbehalt des Eigenthums Credit bewillige, da das vorbehaltene Eigenthum dem Verkäufer nicht mehr Rechte geben könne, als sein Eigenthum überhaupt nach abgeschlossenem Kaufe noch in sich enthalte; ferner, was dem Käufer zustehe, müsse ebenso den ihn repräsentirenden Concursgläubigern gestattet sein [2]).

Auch diese Argumentation dürfte richtig sein, wenn man nur nicht annimmt, daß durch den Eintritt der Bedingung beim pacto reservati dominii der Kaufcontract aufgelöset werde, eine persönliche Klage neben der dinglichen nicht bestehen könne; denn der erste Satz jener Argumentation beruht gerade in seiner Richtigkeit darauf, daß der Kaufcontract nach wie vor fortbesteht. Dunker nimmt freilich eine Auflösung des Kaufcontractes in Folge des pacti reservati dominii an; da er diese Auflösung aber nicht, wie Müller, mit dem Eintritte der Bedingung eintreten läßt, sondern sie erst folgert aus dem Zurückfordern einerseits und dem Restituiren der Sache andererseits, so kann man ihm, wenigstens wenn man sich an seine Begründung hält, hier eine Inconsequenz nicht vorwerfen.

Ich bejahe die obige Frage unbedenklich aus einem doppelten Grunde, wie sich aus dem Vorhergehenden bereits ergiebt:

1) Zuerst halte ich hier wie anderwärts streng an der Absicht der Contrahenten beim Abschlusse des pacti reservati dominii fest. Diese geht auf größtmöglichste Sicherung wegen des creditirten Kaufgeldes, auf nichts Anderes. Das vorbehaltene Eigenthum dient

---

1) Archiv für civil. Praxis. Bd. XII. S. 266 und 267.

2) Dunker a. a. O. S. 92 und 93, 94 flgde. 103.

nur zur Realisirung dieser Sicherung, ist kein Recht, welchem ein selbständiges Interesse zu Grunde liegt. Hieraus folgt dann, daß der Concurscurater durch eine exceptio doli generalis die Vindication des Verkäufers abwenden kann, wenn er bereit ist, diesem das creditirte Kaufgeld, die ganze Schuld, zu deren Sicherung der Vorbehalt des Eigenthums diente, zu berichtigen. Es folgt hieraus ferner, daß Müller nur scheinbar consequent argumentirt, wie oben behauptet wurde. Dieser Grund berechtigt den Concurscurator zur Retention, gleichviel, ob man eine Auflösung des Kaufcontracts in Folge des Eintritts der Resolutivbedingung annimmt, oder nicht.

2) Geht man aber davon aus, daß der Eintritt der im pacto reservati dominii enthaltenen Resolutivbedingung den Kaufcontract nicht auflöse [3]), daß vielmehr die persönliche neben der dinglichen Klage bestehe, so versteht es sich ganz von selbst, daß der Concurscurator inmittelst der exceptio rei venditae et traditae gegen Berichtigung der ganzen Schuld, zu deren Sicherung das Eigenthum vorbehalten wurde, die dingliche Klage des Verkäufers zurückweisen kann.

v. Geyso, welcher ganz richtig behauptet, der Kaufcontract werde dadurch, daß das pactum reservati dominii in Wirksamkeit trete, nicht aufgehoben, geht aber so weit, daß er den Concurscurator für berechtigt erklärt, die verkaufte Sache zurückzubehalten ohne Berichtigung der creditirten Kaufsumme, weil der Käufer und somit auch der ihn repräsentirende Concurscurator berechtigt sei, vom Verkäufer zu verlangen, ut habere rem emtori liceat [4]). — Wäre dieses richtig, so würde in der That, wie v. Geyso auch zugiebt für die Sicherung des Verkäufers gar schlecht gesorgt, ihm bliebe nur eine persönliche Klage. Allein diese Ansicht dürfte auch sicherlich ganz unrichtig sein, da der Verkäufer die Einrede des Concurscurators durch replica doli zurückweisen kann, indem nach bekannter Rechtsvorschrift der Käufer nur dann berechtigt ist, vom Verkäufer zu verlangen, daß er dafür sorge, ut habere rem emtori liceat, wenn er seinerseits das Kaufpretium bezahlt oder in Folge einer Nebenverabredung Credit erhalten hat, diese Nebenverabredung auch

---

[3]) Vergl. oben §. 10.

[4]) v. Geyso a. a. O. S. 176.

nicht aufgehört hat, wirksam zu sein. Wie es scheint ist v. Geyso zu diesem Resultate nur gelangt, weil ihm, der von einer Suspensivbedingung ausging, das ganze Institut des reservirten Eigenthums schon von vorn herein als etwas ganz Unpassendes, vielleicht Absurdes, erscheinen mochte. Und absurd würde in der That ein Institut sein, welches zu so exorbitanten Folgen führte.

Diesem Allen nach ist also der Concurscurator berechtigt, gegen Berichtigung der ganzen Forderung, zu deren Sicherheit der Vorbehalt des Eigenthums dient, die Herausgabe der gekauften Sache zu weigern. Es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß der Verkäufer nicht verpflichtet ist, diejenigen Kosten auf seine Forderung sich anrechnen zu lassen, welche der weitere Verkauf der Sache mit sich bringt, da dieser überall nicht den Verkäufer angeht [5]).

§. 16.

2. Fortsetzung.

Wie selten der Fall aber auch vorkommen mag, daß der Concurscurator sich bereit erklärt, dem vindicirenden Verkäufer die Sache herauszugeben, so bedarf er doch einer näheren Erwägung, insbesondere da er die verschiedensten Seiten der Betrachtung darbietet.

Es fragt sich hier nun zuerst, worauf der Verkäufer Anspruch machen könne, ob auch auf Präſtationen, und auf welche, neben der Hauptsache? In Betreff dieser Frage müssen natürlich, da es sich hier um eine eintretende Resolutivbedingung handelt, dieselben Grundsätze entscheiden, welche über die Resolutivbedingung im Allgemeinen gelten [1]).

1) Auf Accessionen der Hauptsache, welche ihren Grund haben in Umständen, die außer dem Willen des Käufers liegen, wohin besonders zu rechnen sind die durch Wasserlauf eintretenden Veränderungen des Grundeigenthums, der durch Zeitumstände gehobene Werth eines Grundstücks, welcher den wahren objectiven Werth weit überschreiten kann, hat der Verkäufer unstreitig einen rechtlichen Anspruch.

---

[5]) Strube Rechtliche Bedenken. II. Bed 397 der Sp. Ausg. — Hagemann a. a. O. S. 50. — Dunker a. a. O. S. 104.

[1]) Zu vergleichen ist hierüber Sell Ueber bedingte Traditionen. Zürich 1839. S. 210 flgde.

2) Er hat ferner Anspruch zu machen auf sämmtliche Früchte der Sache, welche diese seit der Tradition aufbrachte, gleichviel ob sie noch existiren, oder bereits consumirt sind. Hierbei ist jedoch noch Folgendes zu bemerken:

a) Früchte, welche zur Zeit des Rückfalls des Eigenthums noch einen organischen Bestandtheil der Hauptsache bildeten, mögen sie auch später vor der Restitution der Sache percipirt sein, kann der Verkäufer als Theil der Sache vindiciren.

b) Gleichfalls kann der Verkäufer diejenigen noch existirenden Früchte vindiciren, welche bereits zur Zeit der Tradition der verkauften Sache einen organischen Theil derselben bildeten, wenn sie auch vor dem Eintritt der Bedingung percipirt sind; denn der Verkäufer war Eigenthümer derselben vor der Tradition und erlangt nach dem Eintritt der Resolutivbedingung das ihm bereits früher zustehende Eigenthum ipso jure zurück.

c) Wegen derjenigen Früchte, welche nach der Tradition entstanden, vor Eintritt der Resolutivbedingung percipirt sind, findet zwar ebenfalls ein Anspruch Statt, welcher jedoch nur mit einer persönlichen, nicht durch dingliche Klage geltend gemacht werden kann, weil der Verkäufer zu keiner Zeit an diesen Früchten Eigenthum hatte.

In Ansehung der Früchte ist jedoch noch zu bemerken, daß fast immer unter den Contrahenten eine Verzinsung des creditirten Kaufgeldes verabredet wird, welche dann als ein Aequivalent für den Genuß der Sache anzusehen sein wird. So weit diese Zinsen gezahlt sind, steht dann dem Verkäufer auch nicht einmal ein persönlicher Anspruch gegen die Concursmasse zu.

3) Wegen Deterioration der Sache, welche in einem willkürlichen Handeln des Käufers ihren Grund hat, haftet dieser nach den allgemeinen Grundsätzen über dolus und culpa, weil er zwar Eigenthümer, aber provisorischer Eigenthümer ist und wissen muß, daß das Eigenthum durch Eintritt der Resolutivbedingung auf den Verkäufer zurückfallen könne. Es versteht sich daneben ganz von selbst, daß dem Verkäufer dieserhalb nur ein persönlicher Anspruch gegen die Concursmasse zustehen kann.

Hieraus ergiebt sich, worauf der Verkäufer inmittelst seiner Vindication Anspruch machen kann, wenn der Concurscurator es nicht vorzieht, die vindicirte Sache gegen Berichtigung der ganzen

Schuld, welche die Reservation des Eigenthums sichern soll, der Concursmasse zu erhalten.

Es fragt sich aber ferner, ob der Verkäufer sich nicht Abzüge gefallen lassen müsse, wenn auf die Sache Verwendungen vom Käufer gemacht sind, deren Ergebnisse natürlich als Theile der Hauptsache folgen. Auch hier entscheiden die allgemeinen Grundsätze über Resolutivbedingungen, wonach die Sache sich ganz einfach dahin stellt, daß der Concurscurator durch doli exceptio Ersatz für impensae necessariae und utiles erwirken kann [2]); denn der Käufer kann auf keine Weise als malae fidei possessor betrachtet werden. Wegen der impensae voluptariae hat der Concurscurator aber nur wie jeder andere Beklagte bei der Rei vindicatio ein jus tollendi in Anspruch zu nehmen [3]).

Hiernach ist es denn klar, in wie weit dem endlichen Erfolge nach die Vindication des Verkäufers sich wirksam erweiset.

Neben der Vindication hat nun aber der Verkäufer eine persönliche Klage, welche ihm wohl so ziemlich in jedem Falle, wenn der Concurscurator das verkaufte Object gegen Berichtigung der ganzen Schuldsumme nicht zurückbehält, wünschenswerth sein wird, um zu der, den gemeinen Werth der zurückgegebenen Sache übersteigenden Restforderung zu gelangen.

Eine solche persönliche Forderung steht dem Verkäufer nach dem Obigen möglicherweise zu wegen derjenigen Früchte, welche nach erfolgter Tradition entstanden, vor dem Eintritte der Resolutivbedingung aber percipirt wurden; ferner wegen derjenigen Deterioration, die aus willkürlichen Handlungen des Käufers hervorging; überhaupt aus dem Kaufvertrage bis zu dem ganzen Betrage der rückständigen Schuldsummen, so weit dieser nicht durch

---

2) Zu vergleichen ist wegen des Näheren Sell über bedingte Traditionen. S. 282 flgde. — Die Frage, ob das an einer area vorbehaltene Eigenthum des Verkäufers sich auch auf die später darauf errichteten Gebäude erstrecke, wird näher untersucht von Ebhardt in der bereits oben angezogenen Abhandlung. Ihr Verfasser bejaht die Frage, gleichviel von welcher der im §. 2 aufgeführten Ansichten über die rechtliche Natur des pacti reservati dominii man auch ausgehen möge.

3) Nicht so einfach lösen sich die Fragen, wenn man von dem Grundsatze ausgeht, daß im pacto reservati dominii eine Suspensivbedingung enthalten sei. Vergl. hierüber Dunker a. a. O. S. 99 flgde.

den gemeinen Werth des zurückgegebenen Objects gedeckt wird. Dieser letztere Punct ist von der größten Bedeutung, weil hierdurch bewirkt wird, daß der Verkäufer auch gegen die durch zufällige Ereignisse herbeigeführte Deterioration (periculum deteriorationis) der gekauften Sache gesichert erscheint.

Anlangend die Realisirung dieser persönlichen Forderungen im Concurse dürfte Folgendes Beachtung verdienen:

1) Die persönliche Forderung wird am sichersten realisirt werden, wenn sie auf dem Wege der auch im Concurse zulässigen Compensation geltend gemacht werden kann. Dieses ist der Fall, wenn der Concurscurator der Rei vindicatio des Verkäufers die Retentionseinrede wegen Verwendungen auf die Sache entgegensetzt. Ich will dieses durch ein Beispiel deutlicher machen. Ein Grundstück ist zu 12,000 Thaler verkauft und tradirt, nachdem zuvor der Verkäufer sich wegen der creditirten Kaufsumme das Eigenthum vorbehalten hatte. Durch zufällige Umstände oder auch durch Schuld des Käufers sinkt der gemeine Werth dieses Grundstücks mit den darauf gemachten Impensen, die zu 4000 Thaler taxirt sind, auf 8000 Thaler. Wenn nun der Verkäufer im Concurse das Grundstück vindicirt, so kann er durch die Replik der Compensation die Herausgabe der Sache ohne Erstattung der Impensen erzwingen, während ihm daneben noch ein persönlicher Anspruch auf 4000 Thaler gegen die Debitmasse verbleibt. Ohne die Replik der Compensation würde er nur gegen Zahlung von 4000 Thaler für die Impensen zum Besitze des verkauften Grundstücks gelangen. — Ein anderer wichtiger Fall ist der folgende: ein Grundstück ist verkauft zu 12,000 Thaler; von dem Kaufgelde sind 4000 Thaler abbezahlt, der Rest von 8000 Thaler ist sub reservatione dominii creditirt. Wenn nun der gemeine Werth des Grundstücks zur Zeit des Concurses auf 8000 Thaler gesunken ist, so kann der Verkäufer, wenn der Concurscurator gegen die erhobene Vindication auf dem Wege der Einrede vorbringt, der Kläger habe zuvörderst den erhaltenen Theil der Kaufsumme von 4000 Thaler zu restituiren, diese Einrede auf dem Wege der Compensation durch eine Replik unwirksam machen und so bewirken, daß der Concurscurator entweder die ganze Forderung von 8000 Thaler zahlt, oder die Sache herausgiebt, ohne von der gezahlten Kaufsumme irgend etwas zurück zu erhalten. — Diese Anwendungen zeigen, wie sehr der Vorbehalt des Eigenthums geeignet sein kann, für den Verkäufer die beabsichtigte Sicherung herbeizuführen.

2) Sind die Voraussetzungen der Compensation nicht vorhanden, so kommt es darauf an, ob neben der Reservation des Eigenthums dem Verkäufer wegen seiner Forderung eine Hypothek bestellt ist, oder nicht. Ist das letztere der Fall, so rangirt der Verkäufer als chirographarischer Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen über die Priorität der Forderungen. Ist das erstere der Fall, so kommt es darauf an, ob die Hypothek speciell auf dem Grundstücke haftet, dessen Eigenthum reservirt ist, in welchem Falle die Hypothek unverträglich erscheint mit der Reservation des Eigenthums und neben derselben nicht in Betracht kommt[4]), oder ob die Verpfändung eine **hypotheca omnium bonorum** oder doch anderer Güter, als der verkauften Sache, enthält. Hier rangirt der Verkäufer dann natürlich als Pfandgläubiger nach allgemeinen Grundsätzen über den Vorzug der Hypotheken. Es versteht sich hierneben aber ganz von selbst, daß die persönliche Forderung im Concurse angemeldet sein muß.

Die voraufgehenden Betrachtungen lassen nun den oben im §. 10. näher begründeten Satz, daß durch Eintritt der im pacto reservati dominii enthaltenen Resolutivbedingung der persönliche Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer keine Aenderung erleide, von der allerhöchsten Wichtigkeit erscheinen. Hält man an jenem Satze fest, wie dieses von mir geschehen ist, so können nicht nur wegen schuldvoller, sondern auch wegen casueller Deterioration der verkauften Sache persönliche Ansprüche auf die, den gemeinen Werth der Sache überwiegende Restforderung gegen den Käufer erhoben werden. Nimmt man dagegen mit Müller an, daß der Verkäufer nach erfolgtem Eintritte der Resolutivbegingung nur wie bei der lex commissoria wählen könne zwischen der Vindication und der persönlichen Klage aus dem Kaufcontracte; oder argumentirt man mit Dunker, durch Geltendmachung der dinglichen Klage einerseits und Restitution der Sache andererseits erscheine der Vertrag mit beiderseitigem Willen aufgelöset, so läßt sich allerdings neben der erwählten Vindication wohl noch ein persönlicher Anspruch gegen den Käufer wegen schuldvoller Deterioration denken, nach der Müller'schen Ansicht wegen der ganz analogen Beziehung der L. 4. pr. D. de lege commissoria (18. 3.) freilich viel einfacher und leichter als neben

---

[4]) Hierüber ist zu vergleichen Dunker a. a. O. §. 22 S. 114.

der Dunker'schen Argumentation; allein wegen casueller Deterioration bleibt neben der Vindication überall kein persönlicher Anspruch. Wenn also ein Grundstück, worauf der Kaufpreis von 10,000 Thaler sub reservatione dominii haftet, im Laufe der Zeit durch Unglücksfälle und Zeitumstände seinem gemeinen Werthe nach auf 5000 Thaler gesunken wäre, so könnte nach jenen Ansichten der Verkäufer nur zwei Wege alternativ einschlagen, er müßte entweder den Vindicationsanspruch fahren lassen und, ohne weiter gesichert zu sein, als chirographarischer Gläubiger sich dem ungewissen Schicksal überlassen, oder er müßte die den gemeinen Werth des Grundstücks überschießende Forderung von 5000 Thaler aufgeben und die Vindication erheben. Beide Wege neben einander dürfte der Verkäufer nicht betreten; denn nach Müller würde schon die Anstellung der Vindication, nach Dunker die auf die Vindication erfolgende Restitution, wozu der Concurscurator sofort bereit sein würde, den persönlichen Anspruch aufheben.

Müller hat diesen Punct nicht näher berücksichtigt. Dunker erklärt sich darüber im Folgenden: wenn eine Sache für 1000 Thaler verkauft, jetzt aber mit den gemachten zu ersetzenden Verwendungen, die zu 200 Thaler taxirt seien, nur 800 Thaler an Werth enthalte, so müsse der Verkäufer entweder die gemachten Verwendungen erstatten, oder gegen eine Abfindung von 600 Thaler das Eigenthum an der Sache der Masse übertragen; ob der Verkäufer wegen der fehlenden 400 Thaler noch Ersatz begehren könne, indem er sich in den Concurs einlasse, sei davon abhängig, ob die Verschlechterung in dem Verschulden des Käufers, oder in einem Zufalle ihren Grund habe [5]. — Die Compensationsbefugniß des Verkäufers, welche hier so wichtig erscheint, hat Dunker übersehen. Nimmt man hierauf Rücksicht, so muß nach meiner Ansicht der von Dunker hervorgehobene Fall dahin entschieden werden: der Vindicant gelangt zur verkauften Sache ohne allen und jeden Abzug, wegen der übrigen 200 Thaler bleibt ihm ein persönlicher Anspruch an die Debitmasse, wenn er sich in den Concurs einläßt, beides ganz ohne Unterschied, ob die Entwerthung der Sache durch Schuld oder durch Zufall herbeigeführt wurde.

Wie sehr die Sicherheit des Verkäufers gefährdet werden könne,

---

[5]) Dunker a. a. O. S. 105.

wenn man die Ansichten billigt, deren Widerlegung ich oben versucht habe, leuchtet ein. Der Verkäufer, welcher sich wegen creditirten Kaufgeldes an einer Sache das Eigenthum reservirte, wäre in der That schlimmer daran, als der Pfandgläubiger; denn dieser behält doch, wenn auch die verpfändete Sache durch Zufall entwerthet ist, einen Pfandanspruch und daneben eine persönliche Forderung, während jenem ein dinglicher Anspruch neben einem persönlichen nicht zustehen kann, und er deshalb alle Sicherung durch dinglichen Anspruch fallen lassen muß, wenn ihn nicht das periculum deteriorationis ohne allen Ersatz treffen soll. — Ich meine, daß dieses Resultat bedenklich genug sei.

Aus den voraufgehenden Betrachtungen ergiebt sich denn auch ferner, daß der Concurscurator viel häufiger es für angemessen erachten wird, gegen Berichtigung der ganzen Schuld das verkaufte Object der Debitmasse zu erhalten, als dieses der Fall sein würde, wenn jene Betrachtungen nicht zu billigen wären.

So viel wird schließlich aber keiner weiteren Ausführung bedürfen, daß, wenn die verkaufte Sache vom Concurscurator zurückgegeben wird, alle nach erfolgter Tradition auf die Sache gelegten dinglichen Lasten in Gemäßheit der Rechtsregel „resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum“ ipso jure ihre Wirksamkeit verlieren [6]).

§. 17.

2. Fortsetzung.

Ich habe bisher, hierin, so viel ich weiß, allen Schriftstellern über diese Lehre folgend, vorausgesetzt, daß der Concurs über das Vermögen des ursprünglichen Käufers ausbricht und der ursprüngliche Verkäufer seine Forderung sub reservatione dominii gegen den Concurscurator geltend macht. Allein dieses dürfte kaum der gewöhnlichere Fall sein, in welchem das pactum reservati dominii im Concurse zur Sprache kommt. Es wird sehr häufig der erste Verkäufer seine Forderung einem Dritten cedirt, der ursprüngliche Käufer die Sache weiter verkauft haben [1]). So kann es denn kommen, daß jener Dritte gegen den ursprünglichen Käufer, der ursprüngliche Ver-

---

[6]) Mühlenbruch Lehrbuch der Pandecten. Bd. II. §. 267.

[1]) Vergleiche oben §. 14.

käufer gegen den zweiten Käufer, oder auch, wenn man Beides combinirt, jener Dritte gegen den zweiten Käufer im Concurse auftritt. Alle diese Modificationen bringen jedoch in den gewonnenen Resultaten eine Aenderung überall nicht hervor; denn wenn man auch, Alles recht streng nehmend, sagen wollte, durch die Aenderung der Person des Verkäufers durch Cession werde zwischen dem Käufer und Cessionar das obligatorische Verhältniß des Kaufs nicht fortgesetzt, so steht doch dem Cessionar eine persönliche Forderung auf den Grund des Kaufes zu, welche er gegen den Concurscurator auf gleiche Weise wie der ursprüngliche Verkäufer geltend machen kann. Ferner wird der zweite Käufer, wenn die auf dem gekauften Objecte sub reservatione dominii haftende Schuld nicht abbezahlt wird, diese Forderung mit Einwilligung des Verkäufers durchaus regelmäßig übernehmen. Bricht dann über das Vermögen des zweiten Käufers Concurs aus, so wird der Concurscurator auf gleiche Weise wie der Concurscurator des ersten Käufers gegen Berichtigung der Forderung des Verkäufers die Sache erwerben können, weil die Forderung des Verkäufers ihren wesentlichen Charakter eben so wenig abgelegt hat als das pactum reservati dominii, welches jene Forderung nur möglichst sichern soll.

Käme freilich der Fall einmal vor, was wohl nur sehr selten geschehen mag, daß der erste Käufer weiter verkaufte, ohne daß der zweite Käufer mit Bewilligung des Verkäufers in das fortbestehende Schuldverhältniß einträte und der erste Käufer aus demselben schiede, so würde der erste Käufer dem Verkäufer nach wie vor persönlich, die verkaufte Sache aber, gleichviel in wessen Händen sie sich befände, dinglich verhaftet bleiben. Träte dann durch Insolvenz des ersten Käufers die Resolutivbedingung in Wirksamkeit, so würde der Verkäufer befugt sein, das verkaufte Object zu vindiciren. Allein selbst hier glaube ich, mit gutem Grunde annehmen zu dürfen, daß der dritte Besitzer berechtigt sei, durch eine exceptio doli generalis die Vindication abzuwenden, wenn er bereit ist, die auf der Sache unter Vorbehalt des Eigenthums haftende Schuld zu berichtigen, da der Vorbehalt des Eigenthums nur eine Forderung sichern soll, demselben also kein selbständiges Interesse zu Grunde liegt und somit wohl die bekannte Vorschrift, wonach der Pfandbesitzer gegen Berichtigung der Forderung, wofür das Pfand haftet, die actio hypothecaria zurückweisen kann, analogisch Platz greifen dürfte.

§. 18.

E. Rückblick auf die gewonnenen Resultate.

Hiermit sind die hauptsächlichen Wirkungen, welche das pactum reservati dominii äußert, so weit dieses erforderlich erschien, entwickelt. Einige andere Fragen, wozu jene Nebenverabredung noch Anlaß giebt, beantworten sich von selbst, wenn man nur den Begriff der Resolutivbedingung im Allgemeinen streng festhält und damit consequent verfährt.

Ich fasse das Obige in einem Ueberblicke zusammen. Zweck und Absicht der Contrahenten beim Abschlusse des pacti reservati dominii geht dahin, den Käufer in die Lage zum Kaufobject zu setzen, welche die regelmäßige Folge der Erfüllung eines perfecten Kaufcontracts ist, so weit dieses die größtmöglichste Sicherheit des Verkäufers wegen des creditirten Kaufgeldes zuläßt. Diese intendirte Sicherheit wird auf durchaus gleiche Weise, ganz in demselben Grade erreicht, mag man nun annehmen, daß die Bedingung, welche im pacto reservati dominii stillschweigend enthalten ist, suspensiver oder resolutiver Art sei. Da nun aber die Suspensivbedingung, welche der Tradition hinzugefügt wird, auch Folgen herbeiführt, welche einerseits mit Sicherung des creditirten Kaufgeldes überall nichts zu thun haben, andererseits aber mit der rechtlichen Lage, welche die regelmäßige Erfüllung des Kaufcontracts bewirkt nach den verschiedensten Seiten in Widerspruch treten und den Bedürfnissen des Lebens nicht im Mindesten entsprechen, indem sie auf eine Verkehrsbeschränkung führen, so muß man die zweifelhaften Worte in Gemäßheit der Absicht der Contrahenten von einer Resolutivbedingung verstehen, zumal da es sich hier um ein Institut handelt, welches den gemeinen geschriebenen Rechten unbekannt, durch ein fühlbares Lebensbedürfniß hervorgerufen und auf dem Wege der Gewohnheit ausgebildet ist. Ja, indem man streng festhält an der Absicht der Contrahenten und der charakteristischen Idee des Instituts, wird man sich geneigt fühlen müssen nach der Interpretationsregel: „plus valet, quod actum, quam quod dictum est“ selbst von den Parteien gebrauchte Ausdrücke, welche eher auf eine Suspensiv- als auf eine Resolutivbedingung hinzuleiten scheinen, wo möglich als Resolutivbedingung zu interpretiren.

Daneben wird nicht geleugnet, daß die Contrahenten ihren Zweck auch auf dem Wege einer Suspensivbedingung erreichen können, ohne

in eine Ungereimtheit zu verfallen, daß deshalb auch eine Suspensivbedingung als entscheidende Norm für die Wirkungen des pacti reservati dominii zu statuiren sei, wenn die bestimmt erklärte Absicht der Contrahenten dieses mit sich bringt. Auch verabrede ich nicht, daß einzelne Particulargesetze bei jener Nebenverabredung von der Idee einer Suspensivbedingung ausgehen [1]), wohl aber daß dieses von den meisten, oder auch nur einem größeren Theile derselben geschehen sei [2]).

Darin daß die Reservation des Eigenthums zur Sicherung einer Forderung dient, hat sie eine große Aehnlichkeit mit dem Pfandrechte, welche unverkennbar hervorleuchtet, wenn man von der Idee einer Resolutivbedingung beim pacto reservati dominii ausgeht. Ja! aus dem obigen Betrachtungen ergiebt sich, daß man, wenn man von dem Begriffe eines absolut privilegirten Pfandrechts ausgeht, die Idee des reservirten Eigenthums ihrem allgemeinen Wesen nach, mit Rücksicht auf den materiellen Bestand, richtig erfaßt hat. So erklärt es sich denn auch, daß man in der Praxis insbesondere noch in der neueren Zeit so häufig das reservirte Eigenthum für ein Pfandrecht erklärt; man hatte hiermit einen geläufigen Namen, einen kurzen wohlbekannten Begriff, welcher sofort alle diejenigen Consequenzen niederschlug, welche aus der leitenden Idee einer Suspensivbedingung von neueren Theoretikern deducirt wurden, aber denjenigen Wirkungen, welche das tägliche Leben klar vor die Augen hinstellte, schnurstraks widersprachen.

Nur hat dieses Alles leider eine sehr gefährliche Seite, indem man gar zu leicht geneigt sein wird, wenn man nicht die ganze rechtliche Construction des Verhältnisses klar vor Augen hat, dem Begriffe des Pfandrechts und dessen Analogie eine gar zu große Wirkung einzuräumen, welche in dem Wesen der Sache nicht liegt.

---

1) In diesem Falle wird jedoch bei einem nur irgend leidlichen Hypothekenwesen und vorausgesetzt, daß die Praxis aus dem gesetzlichen Begriffe consequent argumentirt, die Anwendung des pactum reservati dominii eine viel seltnere sein als in andern Ländern.

2) Dieses behauptet Flach Entscheidungen u. s. w. S. 81. ohne weiteren Beweis. Die Zusammenstellung der Particulargesetze bei Dunker a. a. O. §. 29, welche den größeren Theil Deutschlands umfassen, liefert den allergenügendsten Gegenbeweis der Flach'schen Behauptung.

Dann würde hier der bloße Name Täuschung bereiten. Ich will einzelne Puncte in diesem Betracht hervorheben:

1) Geht man von dem Begriffe einer speciellen Hypothek aus, so liegt es sehr nahe auch im Falle der Concurrenz des Verkäufers mit anderen Pfandgläubigern auf die allgemeinen gesetzlichen Normen über Vorzugsrechte unter den einzelnen Pfandgläubigern zu recurriren [3]). Dann verliert die Reservation des Eigenthums den Charakter eines absolut privilegirten Pfandrechts und erscheint als ein ganz überflüssiges, historisch nicht zu rechtfertigendes Institut.

2) Eben so nahe liegt es, wenn man von der Idee eines wenn auch absolut privilegirten Pfandrechts ausgeht, auf den Verkäufer die beim Verkaufe des pignus judicati exequendi causa captum geltende Rechtsregel, daß der Gläubiger, wenn kein annehmbarer Käufer des Grundstücks sich findet, nur gegen Aufgeben der ganzen Forderung, wenn sie auch den gemeinen Werth des Grundstücks noch so sehr übersteigen sollte, zum Eigenthume des Grundstücks gelangen kann, anzuwenden, oder was im einzelnen Falle dem Verkäufer noch nachtheiliger sein könnte, das in einzelnen Particulargesetzen geltende s. g. beneficium taxationis [4]). Diese Anwendung würde aber gewiß dem Wesen der Sache widersprechen, da jene Vorschriften offenbar den Charakter eines jus singulare an sich tragen und auf reservirtes Eigenthum um so weniger Anwendung finden dürfen, da das letztere Institut gerade hervorgerufen wurde durch das Bedürfniß, eine Forderung stärker zu sichern als das Pfandinstitut und die dafür geltenden Regeln dieses möglich erscheinen ließen.

3) Pfandgläubiger, sei ihr Pfandrecht auch noch so privilegirt, können gemeinrechtlich durch die zunächst nach dem Betrage der Forderungen zu berechnende Majorität zur Stundung gezwungen werden. Der Zwang zur Stundung ist gleichfalls ohne Zweifel eine singulaire Rechtsbestimmung und kann deshalb auch den Verkäufer, welcher sich das Eigenthum reservirte, in so weit er als Vindicant auftritt, nicht treffen. Allein man wird mir wohl zugeben, daß eine Verwechselung hier sehr nahe liegt, wenn man beim reservirten

---

[3]) Vergleiche oben §. 3.

[4]) Vergleiche oben §. 16.

Eigenthume von der Idee eines speciellen, wenn gleich absolut privilegirten Pfandrechts ausgeht, und daß diese Verwechslung im Leben wohl mehr als einmal vorgekommen sein werde.

Ich will nicht noch mehrere Puncte aufsuchen, da ich meine, daß das Obige schon genügen werde, um meine Ansicht zu rechtfertigen, daß man festhalten müsse an dem Begriffe, wie ich ihn oben zu construiren versucht habe, und nicht recurriren dürfe auf die Idee eines speciellen Pfandrechts, der schon die von den Contrahenten gebrauchten Ausdrücke widersprechen [5]).

---

[5]) Ich habe wiederholt die Behauptung vernommen, es könne keinen Zweifel leiden, daß nach Hannoverschem Rechte im **pacto reservati dominii** ein Pfandrecht zu finden sei, weil nach der bereits oben angeführten Verordnung über die Location der Zinsen im Concurse in dem Falle wenn mehrere Forderungen unter Reservation des Eigenthums auf einem Grundstücke haften, dessen Werth zur völligen Befriedigung derselben nicht hinreicht, nur die Zinsrückstände von 3 Jahren vor dem Ausbruche des Concurses neben der vorgehenden Forderung zu classificiren seien. Das ist handgreiflich unrichtig. Durch diese Bestimmung wird der Charakter des **pacti reservati dominii** eben so wenig in ein Pfandrecht umgewandelt, als eine durch Pfandrecht gesicherte Forderung in eine chirographarische, weil jene Verordnung überhaupt nur dreijährige vor dem Ausbruche des Concurses fällige Zinsrückstände neben der durch Pfandrechte gesicherten Hauptforderung classificirt wissen will. Vielmehr darf man daraus, daß derjenige, welcher eine Forderung an einem bestimmten Objecte unter Reservation des Eigenthums hat, ohne mit einem in Betreff desselben Objects gleich Berechtigten zusammenzutreffen, stets mit sämmtlichen bis zur Rückzahlung der Hauptforderung ihm gebührenden Zinsen, ohne Beschränkung auf einen dreijährigen Rückstand, welche selbst die privilegirtesten Pfandgläubiger sich gefallen lassen müssen, auf das Object, welches zur Sicherung der Forderung haftet, angewiesen wird, folgern, daß der Gesetzgeber das reservirte Eigenthum nicht als Pfandrecht betrachtete. — Beiläufig mag ich noch bemerken, daß der Umstand, daß das **pactum reservati dominii** in dem Kalenbergschen Theile des Königreichs Hannover sich so außerordentlich häufig angewandt findet, wohl daraus sich erklärt, daß nach einer bis zum Jahre 1829 für diesen Landestheil geltenden Verordnung vom 13. Februar 1688, sämmtliche Zinsrückstände erst nach sämmtlichen Hauptforderungen im Concurse classificirt werden durften. Nach der neueren Verordnung ist der Vorbehalt des Eigenthums wegen des Zinsenpunctes noch immer wichtig genug für den Kalenbergschen Landestheil und wird für andere Landestheile, wo in Betreff der Zinsrückstände das gemeine Recht galt, für den Zinsenpunct jetzt erst recht wichtig.

Zuletzt mag ich nicht die Bemerkung unterdrücken, daß die Ansicht, welche man vielfach liest und hört, als sei das reservirte Eigenthum ein inconsequentes, daneben auch unnöthiges, zu verwerfendes Institut, nach dem Obigen keine Billigung verdiene. Das reservirte Eigenthum construirt sich nach den früheren Ausführungen durchaus consequent, es wurde durch ein wahres Bedürfniß des Lebens hervorgerufen und verdient wahrlich nicht durch Gesetzgebung aufgehoben zu werden, so lange noch in einem Lande die gemeinrechtlichen Pfandsysteme mit ihren gesetzlichen und privilegirten Hypotheken gelten, welche im Allgemeinen nie die Sicherheit verleihen werden, welche die Reservation des Eigenthums herbeizuführen vermag. Das pactum reservati dominii ist ein lebensfrisches organisches Institut, welches nicht, als den Bau des Rechts in seiner Schönheit störend, getilgt, als abgestorben zu Grabe getragen werden darf.

§. 19.

Anhang. — Das pactum reservati dominii neben der gerichtlichen Auflassung des deutschen Rechts.

Ich habe bis jetzt nur Rücksicht genommen auf die Bestimmungen des römischen Rechts. Es bleibt mir nun nach dem Zwecke dieser Blätter noch übrig, einige Worte hinzuzufügen über das Wesen des pacti reservati dominii, wenn es bei Veräußerungen von Grundstücken zur Sprache kommt, wofür nach particular- oder localrechtlichen Bestimmungen die gerichtliche Auflassung gilt.

Nach dem altdeutschen Rechte beruhte die Zulässigkeit jeder dinglichen Klage auf der Gewere, welche, wenn es sich um vertragsmäßige Erwerbung von Grundstücken handelte, nur durch die gerichtliche Auflassung erworben werden konnte. Die gerichtliche Auflassung bestand aber ihrem Wesen nach in einer symbolischen Uebergabe der Sache vor Gericht; hierdurch ging ohne Weiteres das Eigenthum auf den Erwerber über, die römischrechtliche Tradition war hierzu überall nicht erforderlich. Hieraus ergiebt sich nun ganz klar die charakteristische Verschiedenheit zwischen der gerichtlichen Auflassung und der römischrechtlichen Tradition. Diese ist ein unbestimmter Schatten, ein zweideutiges Wesen, welches erst durch die justa causa, welche die Uebergabe der Sache begleitet, seine Bedeutung erhält;

denn die bloße Tradition kann eben so gut in der Absicht vorgenommen werden, um Jemanden in die Detention einer Sache zu setzen, als mit dem Willen, auf einen Andern juristischen Besitz und Eigenthum zu übertragen. Dagegen hat die gerichtliche Auflassung einen ganz einfachen, fest bestimmten Charakter, dessen Bedeutung sich im altdeutschen Volksleben ausprägte. Sie kann nämlich nur die Bedeutung haben, daß die Gewere und Eigenthum an dem Grundstücke auf den Erwerber übergehe, nicht, daß nur die Detention auf den Andern komme, dieses Letztere aus dem ganz einfachen Grunde nicht, weil der Erwerber durch die gerichtliche Auflassung überall nicht, wie dieses bei der Tradition des römischen Rechts allerdings der Fall ist, zur Detention der Sache gelangt. Aus diesem unzweideutigen charakteristischen Wesen der Auflassung und ihrer sich sofort herausstellenden Verschiedenheit von der Tradition des römischen Rechts darf gefolgert werden:

1) daß der Grundsatz des römischen Rechts, wonach der ohne Bewilligung von Credit Verkaufende die tradirte Sache vom Käufer vindiciren darf, neben der Auflassung nicht gelten könne. Man darf wohl sagen, die unbedingt geschehene Auflassung begründe die rechtliche Vermuthung, daß Credit gegeben sei [1]). Dieses leugnet Dunker, indem er als Grund angiebt, nicht die gerichtliche Auflassung übertrage das Eigenthum, sondern die Tradition der Sache selbst [2]). Neuere Untersuchungen lassen aber keinen Zweifel, daß dieser letztere Satz unrichtig sei; daß aber Dunker denselben aufstellt ist um so unbegreiflicher, da er vorher selbst lehrt: „zur Erwerbung des Eigenthums an unbeweglichen Sachen mit allen Wirkungen war die Tradition nach den Grundsätzen des deutschen Rechts nicht wesentlich, sondern nur die im Gerichte abgegebene Erklärung nothwendig, Eigenthum auf eine bestimmte Person übertragen zu wollen (gerichtliche Auflassung)“ [3]);

2) daß es ganz unthunlich ist, neben der gerichtlichen Auflassung im pacto reservati dominii eine Suspensivbedingung zu statuiren, indem die gerichtliche Auflassung mit der Erklärung, Eigenthum an der aufgelassenen Sache auf den Erwerber nicht übertragen zu wollen, in einem schlechterdings nicht zu hebenden Widerspruche steht. Dunker leugnet freilich auch dieses aus demselben

---

[1]) Baueri Opusc. academ. T. I. Comm. XXIV.

[2]) Dunker a. a. O. S. 180.

[3]) Dunker a. a. O. S. 167.

bereits angegebenen Grunde, weil nicht der gerichtliche Act, sondern die Tradition der Sache selbst das Eigenthum auf den Erwerber übertrage [4].

Dagegen läßt sich gewiß nicht leugnen, daß neben der gerichtlichen Auflassung die Erklärung ohne Widerspruch gedacht werden könne, es solle das aufgelassene Eigenthum auf dem Verkäufer im Falle, daß der Käufer wegen Insolvenz den übernommenen Verbindlichkeiten nicht nachkommen könnte, zurückfallen. So gestaltet sich aber die Sache, wenn man beim pacto reservati dominii von einer Resolutivbedingung ausgeht. Ferner ist so viel gewiß, daß ein solcher Rückfall neben der gerichtlichen Auflassung eben so gut rechtlich construirt werden kann, wie neben der römisch rechtlichen Tradition, da von einer justa causa, wenn man diesen Begriff nur richtig auffaßt, und einer Beschränkung der Uebertragung des Eigenthums seiner Dauer nach, welche in jener enthalten sein kann, dort wie hier auf eine und dieselbe gleiche Weise geredet werden darf. Hier kann Eigenthum nicht ohne Tradition, dort nicht ohne Auflassung erworben werden; ohne Berücksichtigung der justa causa würde deshalb auch ein Rückerwerb des Eigenthums hier durch eine neue Tradition, dort durch eine neue Auflassung nur erfolgen können. Berücksichtigt man aber die begleitende justa causa, so fällt hier wie dort auf dieselbe Weise das Eigenthum ipso jure zurück, indem streng genommen, weder hier eine Tradition, noch dort eine Auflassung behuf Rückerwerbs möglich sein würde.

Ich darf mich hier um so kürzer fassen, da ich dieses Alles schon früher bei der Erörterung der höchst wichtigen Frage näher berührt habe, ob das unter den Contrahenten abgeschlossene pactum reservati dominii vor erfolgter Auflassung zur Kunde des Gerichts gelangen müsse, um in die Gerichtsbücher eingetragen zu werden, wenn es diejenigen Wirkungen herbeiführen soll, welche den Verkäufer nach dem allgemeineren Charakter der Resolutivbedingung überhaupt wegen des creditirten Kaufgeldes zu sichern vermögen.

---

[4]) Dunker a. a. O. S. 180.

[5]) Vergl. Abhandlung. I. §. 19.

Frein

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Leonhardt, Adolph,

Zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum Ein Beitrag zur Entwickelungsgeschichte germanisch- und römischrechtlicher Grundsätze in Deutschland und insbesondere den althannoverschen Provinzen

Hannover 1843

J.germ. 115 st
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10551879-3